



الالتزامات

النظرية العامة

يشتمل هذا الكتاب على النظرية العامة للالتزامات فى مجموعها ،
ما عدا نظرية الاثبات التى سبق أن وضع فيها المؤلف جزأين

تأليف

الدكتور عبد السلام ذهنى بك

مدرس القانون المدنى والتجارى بمدرسة الحقوق الملكية
دكتور فى الحقوق (العلوم القانونية ، والعلوم السياسية ، والاقتصادية)
محام لدى محكمة الاستئناف

مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية

إلى

زملائى الاساتذة المدرسين والمحامين

مؤلفات المؤلف

١ — باللغة العربية

أولا — الكتب :

١ ـ مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة «الجزء الاول» مطبعة المعارف سنة ١٩١٤

٢ ـ مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة «الجزء الثانى» مطبعة المعارف سنة ١٩١٥

٣ ـ المداينات أو الالتزامات « الجزء الاول في الادلة » مطبعة المعارف سنة ١٩٢٢

٤ ـ المداينات أو الالتزامات « الجزء الثانى في الادلة » مطبعة هندية سنة ١٩٢٣

ثانياً ـ المقالات :

١ ـ نهضة القانون «تضافر الفقه والقانون» العلم والعمل : مجلة الشرائع السنة الثالثة ص ٣٩٨ـ٤١٢ ، المقال الاول سنة ٩١٦ (لمناسبة ظهور كتاب شرح البيع لحلمى باشا عيسى سنة ١٩١٦)

٢ ـ نهضة القانون ، تضافر الفقه والقضاء ، العلم والعمل ، مجلة الشرائع السنة الثالثة ص ٥٧٧ ـ ٥٨٦ ، المقال الثانى سنة ٩١٦

٣ ـ مرافعات الدكتور أبو هيف ، الكتاب البكر في «فن القانون» ، بشائر رقى الفقه ، مجلة الشرائع السنة الرابعة ص ١ـ١٨ سنة ٩١٦

٤ ـ في اقامة الدعوى العمومية من قبل محكمة الجنايات من الوجهة الفنية القانونية والنظامية : **Droit de l'évocation de l'action publique au point de vue de la technique juridique et du droit public interne** مجلة الشرائع السنة السادسة ص ١ـ٢٤ سنة ٩١٨

٥ ـ في المسؤلية المدنية للافراد . لمحتان تاريخية وتشريعية . مجلة المحاماة السنة الثالثة ص ٣٧٥-٣٨٥

ثالثاً ـ مذكرات لطلبة الحقوق :

١ ـ مذكرات في القانون الرومانى . في الاحوال الشخصية عند الرومان سنة ٩٢٢—٩٢٣

٢ ـ مذكرات في القانون الرومانى . في نظرية الاشياء عند الرومان سنة ٩٢٢—٩٢٣

٣ ـ مذكرات في القانون الرومانى . في نظرية الالتزامات عند الرومان سنة ٩٢٢—٩٢٣

رابعاً ـ كتب تحت الطبع :

١ ـ القانون التجارى

٢ ـ في النظرية العامة لحماية الدائنين وفي الوسائل القانونية المقررة لضمان حقوقهم

٣ ـ النظرية العامة لجميع الحقوق العينية العقارية والمنقولة وتاريخ الملكية بمصر

مؤلفات المؤلف

---

٢ — باللغة الفرنسية

Du même auteur :

1.— **Abd El Salam Zohny**. La responsabilité de l'Etat égyptien, à raison de l'exercice de la puissance publique, Tome I, Georg, Lyon ; P. Geuthner, Paris, 1914.

2.— Même auteur, même titre, Tome II, mêmes Librairies.

3.— Le coton égyptien, son importance dans la vie sociale et économique de l'Egypte, Willefranche, 1921.

بيان الرموز

م ت ق ، ٣ ، ١٨	مجلة التشريع والقضاء المصريين Bulletin de législation et de jurisprudence égyptiennes. المجلد ٣ صفحة ١٨ (ويرمز لها باللغة الفرنسية .B. L. J).
٣ ، ١٨	نريد بذلك المجلد الثالث والصفحة ١٨ من مجلة م ت ق . والمجلة هذه لاتنشر الا الاحكام الصادرة من محكمة الاستئناف .
م ر ا ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠	المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠ ويرمزلها بالفرنسية .B. O
م.ر.م ، ٣ ، ١٨	المجموعة الرسمية المحاكم المختلطة Recueil officiel des arrêts de la Cour d'appel mixte. (ويرمز لها باللغة الفرنسية .R. O) المجلد ٣ صفحة ١٨ .
م ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠	مجلة المحاماة المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠ .
ش ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠	مجلة الشرائع المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠ .
س ، ٩٨ ، ١ ، ١٨	مجلة سيرى Sirey الفرنسية سنة ١٨٩٨ القسم الاول صفحة ١٨ .
د ، ٩٨ ، ١ ، ١٨	مجلة دالوز Dalloz الفرنسية سنة ١٨٩٨ القسم الاول صفحة ١٨ .
جا ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠	مجلة جازيت المحاكم المختلطة بمصر Gazette des tribunaux mixtes d'Egypte

ج ع ١ ص ١٨ ن ١٩	الجدول العشرى الاول للمحاكم المختلطة Table décennale صفحة ١٨ نبذة ١٩ .
ج ع ٢ ص ١٨ ن ١٩	الجدول العشرى الثانى الخ . . .
ج ع ٣ ص ١٨ ن ١٩	« « الثالث «
استئناف	محكمة الاستئناف الاهلية بمصر
استئناف م	محكمة الاستئناف المختلطة باسكندرية .
مجموعة جمال ج ١ ص ١٨ ن ١٩	كتاب القضاء المصرى الاهلى جمع وتأليف ابراهيم افندى جمال المحامى ، الجزء الاول ص ١٨ نبذة ١٩ .
مجموعة جمال ج ٢ ص ١٨ ن ١٩	نفس الكتاب جزء ثان .
مجموعة حمدى السيد مدنى ص ١٨ ن ١٩	مجموعة الاحكام الصادرة في السنين العشر الاخيرة من سنة ١٩٠٧ — سنة ١٩١٧ تأليف محمد حمدى بك السيد القاضى ، جزء المدنى صفحة ١٨ نبذة ١٩ .
تعليقات جلال مدنى ص ١٨ ن ١٩	كتاب التعليقات القضائية على قوانين المحاكم المصرية ، جزء المدنى صفحة ١٨ نبذة ١٩ تأليف جلال بك
عياشى ص ١٨ ن ١٩	قضاء المحاكم الاهلية من ١٩٠٠ — ١٩٢٠ بقلم الاستاذين جورج روفائيل عياشى والياس روفائيل عياشى المحامين بقلم قضايا االاشغال صفحة ١٨ نبذة ١٩ .

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة

نظرية الالتزامات فى القانون المدنى هى الأصل لهذا القانون . ذلك الأصل الذى تتفرع عنه جميع النظريات الأخرى . لذا كانت العناية بدرس نظرية الالتزامات عناية خاصة فى كل آن ومكان . إذ يتوقف عليها فهم القانون المدنى برمتـه . وهذه النظرية واحدة عند جميع الشعوب الأوروبية فى كل عصر وفى كل بيئة . وقد أخذتها هذه الشعوب عن الرومان الذين أبلى فيها علماؤهم ومشترعوهم بلاء طويلاً دقيقاً . وأصبحت نظرية الالتزامات الرومانية هى الأصل فى تفسير أمهات المسائل المدنية الخاصة بنظرية الالتزامات فى الأوقات الحاضرة . بل لازال بعضها وهو رومانى بحت معمولاً به للآن مع شيء قليل من الفروق التى ترجع لأسباب عرضية خاصة

وإنّا نعول فى تقرير نظرية الالتزامات وفى لمّ شعثها وتقرير مبادئهـا على الاعتبارات الأساسية الآتية :

أولاً : ـ قبل تقرير المبدأ فى الوقت الحاضر يجب الرجوع إلى تطوراته التاريخية مبتدئين بعصر الرومان للوقوف على الأدوار التى مر بها وما اعتراه من التغييرات ومعرفة حقيقة هذه التغييرات إن كانت ترجع لأسباب وعلل اقتصادية واجتماعية وسياسية (١) . وما هى وجهة اختلاف النظر بين الأئمة فيها هل هو اختلاف يرجع

---

(١) وحقق العلماء وأكدوا وعلى رأسهم البحاثة المؤرخ المعروف « ريفيو Revillout » بكتابيه المطبوع احدهمـا سنة ٩٠٢ « فيما كان بين الرومان والمصريين من الروابط التاريخيـة والقانونية Les rapports historiques et légaux des Quirites et des Egyptiens » والمطبوع ثانيهما سنـة ٩١٢ « فى المصادر المصرية للقـانون الرومانى Les origines égyptiennes du droit civil romain » ان للقوانين المصرية القديمة للفراعنة شأناً يذكر فى تكوين الشرائع

إلى استخدام الوسائل المنطقية والجدل الخيالى أم أن هناك غرضاً عملياً يجب الرجوع اليه والأخذ به

ثانياً : ـ القوانين المصرية الصادرة سنة ١٨٧٥ (القوانين المختلطة) وسنة ١٨٨٣ (القوانين الأهلية) مأخوذة عن القانون الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٤ [٢] وعن القوانين الاخرى الفرنسية الصادرة بعد سنة ١٨٠٤ وعن القضاء والفقه الفرنسيين . لذا جعلنا عماد ابحاثنا القضاء والفقه والقوانين الفرنسية . وقد اعتاد القضاء المصرى مختلطاً كان أو أهلياً أن يشير الى المؤلفين الفرنسيين و إلى الآراء القضائية. ولا سبيل الى غير ذلك ما دام المصدر التشريعى للقانون المصرى هو القانون الفرنسى تشريعاً وفقهاً وقضاء . ولكننا فى كل مبدأ قانونى نعمل على طبعه بطابع مصرى بحت حتى يتجنس هو الآخر بجنسيته المصرية ليفلت من قيود التجنس بجنسية أجنبية ربما لا تتحد مع بعض الخواص المصرية البحتة . وانا نرمى بذلك الى توحيد المبادئ القانونية المصرية توحيداً تجمعها جامعة واحدة ويطبعها طابع واحد . [٣]

فى عهدها الاول وهو عهد قانون الاثنى عشرة لوحة المشهور Loi des Douze Tables وذلك لان قانون « بوخوريس» من ملوك الاسرة الرابعة والعشرين قد طبقت شهرته الافاق بما عرف فيه من دقة الاحكام، وعقبه قانون « امازيس » بما لا يقل شهرة عنه . وأخذ « سولون » المشترع اليونانى المعروف أصوله القانونية من قانون « بوخوريس » هذا ، ومن قانون « امازيس » بما يستفاد مما قرره « هيرودوت » سنة ٤٥٦ قبل الميلاد . ولما أرادت روما فى عصرها الاول أن تضع شرائع ثابتة حسما لما اشتجر فيها من النزاع المستطير بين طبقة أشراف الرومان وعوامهم، بعثت بوفودها الى اليونان ، فوضعوا لها أول حجر فى بنائها التشريعى الرومانى الخالد ؛ وهو قانون الاثنا عشرة لوحة . والتشابه مستحكم الاطراف بين هـذا التشريع الرومانى القديم وقانون امازيس بما لا يترك مجالا للتردد فى ان الرومان اخذوا عن اليونان وأخذ اليونان عن فراعنة المصريين فاصبح التشريع المصرى مصدراً لهـذا التشريع الرومانى الحى الدائم الذى لا يموت وهذا هو التشريع الرومانى يدرس فى كليات العالم بدقة وحيطة واثبت التحقيق التاريخى ان جل مبادئه وعلى الاخص فيما يمس بنظرية الالتزامات أو المداينات قد تسرب الى الشرائع المصرية الحاضرة . اذا علم ذلك جزمنا بأن للشرائع المصرية القديمة مساساً كبيراً جداً بالشرائع العالمية الحاضرة (راجع البحث الذى نشرناه بجريدة الاهرام فى ١١ و ١٢ و ١٣ يونيو سنة ١٩٢٣ لمناسبة ظهور كتاب الدكتور محمد عبد الله العربى La conscription des neutres dans les luttes de la concurrence économique.

(٢) دى هلس ج ١ ص ١١ وما بعدها

(٣) مثل نظرية الاعتساف فى استعمال الحق théorie de l'abus du droit وانظر المادة ٣٨ / ٥٩ مدنى فقرة ثانية الخاصة بالحائط المشتركة وعدم هدمها الا لسبب باعث قوى.

ثالثاً : ــ عولنا كثيراً على عدم ترك الشرائع الاجنبية الحديثة الحاضرة جانبا . بل كلما أردنا ضرورة دعم المبدأ القانونى الحاضر عرجنا على ماتقرره الشعوب الاخرى فى هذا الوقت ملاحظين فى ذلك أيضاً الاسباب التى ربما تدعو الى اختلاف وجهة النظر . وأخذنا كثيراً بالقانون الالمانى المعمول به من يناير سنة ١٩٠٠ وقانون الالتزامات السويسرى الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩١١ . وكان للشريعة الاسلامية نصيب فى تقرير بعض المبادئ القانونية فيما أخذه عنها القانون المصرى سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣

رابعاً : ــ انه وان اختلف فيما اذا كان القانون علماً أو فناً الا أننا نقول بالجمع بين الاثنين . ولكن المصدر الأساسى الصحيح للقانون هو القضاء . لذا عولنا على جعل الآراء القضائية أصلا ذا شأن خاص فى تقرير المبادئ القانونية لأن هذه الآراء ليست مبنية على مجرد الخيال بل تقررت بناء على خصومات فعلية واقعة لمس فيها القاضى العدالة بيده وتجسم أمامه الحق . وربما كان القاضى ، وهو يجد وراء الحق الذى يجب أن يرجع اليه والخصومة الفعلية مطروحة أمامه ، أضمن فى تقرير المبادئ القانونية عمن يتلمسها فى مجالات الخيال . هذا وليس من شأن ذلك أن يحول بيننا وبين نقد القضاء فيما لا يتفق مع المبادئ العلمية الصحيحة المقررة من الوجهة العامة والتى ترجع الى عوامل عدة

لهذا السبب نفسه نظرنا الى القانون باعتباره مظهرا من مظاهر الحياة العملية وشكلا من أشكال التطورات الاجتماعية لكل جماعة من الجماعات الانسانية فلا يعقد فيه الا بقدر مايوحى به العمل وتقضى به ضرورة الحياة وتمليه الظروف الخاصة بكل جماعة . وأكبر مثل يحتذى به فى هذا الشأن ما فعله القاضى المشترع الرومانى [(١)] ، البريتور ، فانه لم يعالج القانون الرومانى المدنى الموقوف على الرومان [(٢)] الا بقدر ما كانت تقضى به الضرورات العمليه . ولذا اخذ القانون الرومانى يتطور هو الآخر كلما تطور الشعب الرومانى ومر من دور الى دور . ومن هنا نرى أن القانون ليس فى ذاته صورة خيالية لخاطر متخيل انما هو ضرورة اجتماعية قضت بها حركة تطور اجتماعى .

(١) préteur. (٢) jus. civile.

واذا كان للعلم شأن وللعلماء يد فيه فان ذلك لا يكون من طريق الانشاء والايجاد والخلق وانما يكون من طريق تهذيب القانون وتنظيمه وجعله بحالة رقى وكمال تضمن له سهولة الاخذ به والعمل على منواله ودوام استقراره

ان المنهج التعليمى البيداجوجى الذى يجب على متلقى الحقوق الاخذ به والذى عمل به من قبل زملاؤهم بالبلاد الاخرى كفرنسا مثلاهو ما يأتى :

١ — يواظب متلقو الحقوق على حضور المحاضرات بطريقةمستمرة لان فى سماع الدرس ما يسهل عليهم فهم المؤلفات وفيه تربية سريعة للملكة القانونية وتربية لملكة سماع الدعاوى والمرافعات وتعويد الذهن على ادراكها بسهولة . وهذه مزية لا يستطيع القانونى الاستغناء عنها لانها ملازمة له فى حياته العملية سواء اشتغل قاضياً أم نائباً أم محامياً

٢ — اعتاد الطلبة فى اوروبا وعلى الاخص بفرنسا انهم لا يدخلون غرف التدريس الا ومعهم كراسات وأقلام ومداد . ومن غريب ما لاحظناه هناك اننا لم نجد طالباً واحداً فى مائة طالب يشذ عن هذه القاعدة . والحكمة فى ذلك ظاهرة وهى حكمة بيداجوجية عملية : ذلك لان الدرس الشفهى أجلى وضوحاً وأوسع معانى وأسهل عبارة من المذكرات التحريرية والمؤلفات . فاذا ما أخذ الطالب مذكرات بالدرس الشفهى خرج و بيده مجموعة أخرى أو صورة أخرى للمذكرات التحريرية . وفوق ذلك ، وهو الاهم فى نظرنا ، ان فى تعود الطالب على أخذ مذكرات فى الدرس الشفوى ما يحول دون تركه يسبح فى مسارح الخيال ومرور الخواطر المختلفة على ذهنه وهو يصغى الى الدرس . اذ بينما تراه مصغياً أو محدقاً بنظره الى من يلقى الدرس قد يكون فكره سارحاً فى مجال آخر . وتمر عليه عشرات الدقائق وهو فى عالم آخر غير عالم الدرس فتفوته فوائد الدرس وتذبل فيه ملكة سماع المرافعات واستيعابها وهى ملكة ضرورية جداً لمن يشتغل بالقانون علماً وعملا

يجب وجوباً حتمياً لا مفر منه ألبتة انه عند مطالعة المذكرات التحريرية أو الكتب ، يجب تلخيص ما يقرأ فى كراسة على حدة . وأهم أثر عملى للتلخيص أنه يجعل ما يقرأ راسخاً رسوخاً مكيناً فى ذهن المطالع لان التلخيص هو زبدة ما يقرأه

المطالع ، وفى كل كلمة من كلمات التلخيص معنى من المعانى الدقيقة التى تشير الى أسطر إن لم يكن الى صحف من الكتب . ويستعين الطالب بمراجعة التلخيص قبيل الامتحانات بزمن قريب حيث تصعب عليه هذه المراجعة فى مؤلفات قد تبلغ من الصفحات المئات . واذا ما اعتاد الطالب تلخيص المؤلفات فان ملكة التلخيص تتربى عنده أيضاً فيستعين بها فى كل حالة يرجع فيها الى قراءة أى كتاب من كتب القوانين . وبذايلم بسهولة بمجموعة آراء المؤلف فيحصرها لديه حصراً ويستطيع بسهولة معرفة مكامن الآراء القيمة فيها

خامسا : — تشددنا كثيراً فى اثبات الاصطلاحات العلمية القانونية باللغة الفرنسية ازاء ما يقابلها باللغة العربية وغرضنا من ذلك مايأتى :

١ — ان معرفة الاصطلاحات باللغة الفرنسية أمر ضرورى لقراءة الكتب القانونية باللغة الفرنسية وبدونها قد يستحيل الالمام بما احتوته أمهات هذه الكتب من الاصول القيمة . والقانون كل يوم فى تطور

٢ — ان الحاجة الى تعرف الاصطلاحات الفرنسية ماسة للغاية لانه لابد من الرجوع الى الكتب الفرنسية على اختلاف انواعها من موسوعات [١] وتعليقات [٢] وغير ذلك عند بحث المسائل القانونية الدقيقة ما دام مثل هذه المؤلفات لا يوجد لدينا منها شىء باللغة العربية

٣ — اذا ما ألم الباحث بالاصطلاحات الفرنسية سهل عليه فى المجال العملى الاحاطة بكل مسئلة قانونية فى تحضير الدعاوى كتابة وشفهياً

٤ — ان الاحاطة بالاصطلاحات الفرنسية أمر حتمى للمصلحة العامة فى سبيل رقى القانون المصرى حتى تظل مصر متصلة بالاوساط العلمية بالبلاد الاوروبية برابطة علمية أكيدة ومستمرة . وأداة الاتصال هى اللغة الفرنسية.

٥ — بالالمام بالاصطلاحات الفرنسية يسهل القيام بالتأليف فى القانون والاحاطة بمختلف الآراء وتشعب المذاهب فتكثر الكتب القانونية باللغة العربية وفى ذلك تعميم للقانون وتسهيل لتحصيله

---

(١) répertoires (٢) codes annotés

هذا ويجب عند مطالعة المؤلفات القانونية الاستعانة دائماً بمجموعة القوانين [١] العربية والفرنسية والاطلاع على كل مادة يشار اليها

ولقد كثرت المؤلفات القانونية فى القانون المدنى خاصة لذيوع مبادئه وشيوع أصوله فى عالم الحياة . وكانت المؤلفات تتشبع بروح كل عصر توضع فيه . وكان للنزعات العمرانية والاقتصادية مع اختلاف أنواعها احكام ظاهرة الأثر على هذه المؤلفات . لذا لاحظنا أن مناهج التأليف من الوجهة التعليمية (البيداجوجية) قد أخذت هى الاخرى طرقاً لهافى مدى هذه الازمان. وكانت تختلف بعض هذه الطرق عن بعض بقدر ما تشعر به الحاجة الوقتية من ضرورة معالجة الشئون المعلومة . ولما تشعبت المؤلفات وكان من اللازم حصر الاصول القانونية مع الالمام بأطوارها التاريخية فقهاً وقضاء ، ظهر الكتاب الاول لهذا النوع وهو كتاب الاستاذ بلانيول [٢] فى ثلاثة أجزاء ، وكان ولا يزال له شهرة خاصة جمعت بين المزايا العلمية البحتة والفوائد العملية ، فألمّ بشتات الآراء وناقش القضاء فى كثير من أحكامه فخرج كتابه موفور المزايا الفنية وأصبح عمدة المتلقين للحقوق ومرجع الباحثين فى مناحى القانون المختلفة .

ولكن لكل شأن من شئون الحياة أحكامه هو، من مختلف الادوار التاريخية ودخوله فى طور، ثم دخوله فى طور آخر . ذلك أن نهضة علمية قانونية قد بدأت آثارها تظهر فى عالم الفقه بفرنسا فى أواخر القرن المنصرم بزعامة الاستاذ بوفنوار [٣] والتف حوله بعض معاصريه ثم انضم اليه مريدوه وخرجوا بالقانون من دائرة الابحاث النظرية الى المجالات العملية الفسيحة فطافوا بالقانون حول الشرائع الاجنبية وأخذوا منها ما شاؤا فى تهذيب القانون حتى فكر بعض رجال النهضة وهو الاستاذ المعروف لامبير [٤] بضرورة وضع أصول قانونية عامة تتمشى مع أهل البيئة الواحدة التى ترجع فى أصولها التاريخية الى أصل واحد ، مهما تباينت الآن تبايناً يرجع لاختلافات شكلية .

ولا زالت هذه النهضة تأخذ نصيبها من الرقى كل يوم حتى أصبح علم القانون

---

(١) code (٢) Planiol (٣) Bufnoir. (٤) Lambert

الآن ليس ذلك العلم الذى يحتمى بجنسية خاصةله ، بل كأنه دولى النزعة عام الاصل.

ولما كان القانون الرومانى يكاد يكون مصدراً للقوانين الحاضرة ، أصبح هو الآخر مرجع الباحثين الحاضرين فى التعرف على مصادر التشريعات الحاضرة وربط أواصر القرابة والمصاهرة بينها حتى تكون كأنها أفراد اسرة واحدة يجمعها جدو احد

ولماقطعت هذه النهضة الحاضرة اشواطا بعيدة فى سبيل التهذيب والرقى للقانون أبت النواميس الطبيعية للنشوء الارتقاء الا أن يظهر كتاب آخر بعد كتاب بلانيول وقد اخذ هذا الكتاب الجديد لواضعيه كولين وكابتان بروح هذه النزعة الجديدة ، وأخذت مبادئ العلم على الاسلوب الحديث تفيض فيه بطريقة تعليمية بيداجوجية بلغت من الرقى فى ظرف وجيز ما يبشر بخير عام للقانون فى ان يكون اداة اصلاح وتفاهم للشعوب الحية .

لذلك كله رأينا ان لا نقف بنظرية الالتزامات عند الحد الذى لا يتفق مع الاطوار الاقتصادية والعمرانية الحاضرة . بل اردنا ان يكون للنظرية من الشأن فى أرضنا مالها فى الاوساط العلمية الاخرى النامية . ولذا اخذنا انتهجه كولين مع كابتان وتتبعنا خطواتهما فى بسط الاصول القانونية وربطها بالاصل الاعلى وهو القانون الرومانى ، وطفنا معهما على الشرائع الاجنبية وعلى الاخص ما جد منها كالقانون الالمانى والسويسرى . وجعلنا عمدتنا كما قلناو نقول أحكام القضاء باعتبار القضاء نورا يهدى الباحث العلمى ومصباحا اذا اظلم فقد السارى سمته. كل ذلك لاننا ننظر بالعين الحاضرة فى ان القانون صدى لحالة اجتماعية حيوية مادية، فهو ليس بالمنطق الخيالى للسابحين فى مسارح الاستنباط العقلى ، انما هو منطق الحياة العملية المحسوسة . فاذا درس القانون على هذا الاعتبار ، وعلى ضوء التاريخ والمادة الحاضرة ، تحرر هو الاخر واستقل استقلالا لا شك فيه

لذا اخذنا فى مجال عرض نظرية الالتزامات طريق احدث المناهج التعليميه طريق كولين وكابتان . ولم نغفل مطلقا اقساط الفقهاء الاخرين النابهين من تمحيص ارائهم وتبين مناهجهم فيما شذ او اشتهر . ولقد عرجنا على فقهاء القانون المصرى مثل فتحى زغلول باشا ودى هلس وجرانمولان وكانت لنا معهم شئون رجع فيها كل منا

الى ما يراه لاعتبارات شتى . كذا ارجعنا الى بلانيول فيما مهد فيه الطريق لمن أتى بعده من الشارحين ، والى ما ظهر من الاجزاء من كتاب واسع المناحى مترامى الاطراف وضعه الاستاذ دموج [1] فى الالتزامات ايضا . وقد ظهر منه للان اربعة أجزاء . ورأينا كما رأى كولين وكابتان ان لا تفيض صحفنا بكثرة أسماء المؤلفين ونقد أبجديات القانون وذكر أبسط الاحكام فى بداءة العلم ، لما فى ذلك من تعقيد واضطراب لا ترجى من ورائه فائدة . بل افضنا كما أفاضا فى بسط أصول العلم ونقدها على ضوء القوانين المسطورة هنا وهناك . وجعلنا كما قلنا للقضاء العملى مركزاً خاصاً فى وضع الاصول وتقرير النظريات . ولذا خرج كتابنا هذا كما خرج كتاب كولين وكابتان ، وهو مشبع بروح تعليمية بيداجوجية ليس الغرض منها شحن الاذهان بمعجم الاسماء واعلام المؤلفين ، بل جعلنا للتطور التاريخى أساساً خاصاً فى الالمام بالاصل القانونى ونقده تاريخياً وقضاء ومقارنة . بحيث يخرج القارئ وهو يشعر من نفسه بأنه قد قبض بيده على المبدأ فألم به من وقت ولادته وأطوار حياته فيستطيع الحكم له أو عليه بما يكفل للحياة العملية نظاماً أكيداً صحيحاً

وهذا الاسلوب التعليمى البيداجوجى هو ما ينهجه فى الاوقات الحاضرة مدرسو القانون بأوروبا فى محاضراتهم الشفوية وهذا أمر لا بدَّ منه ، وفى مؤلفاتهم المكتوبة أيضاً . ويظهر ان الأمر قد استقر عند هذا الموطن واصبح القانون هو الآخر وقد تملكت عليه فى الاوقات الحاضرة النزعة الاجتماعية العمرانية ، اصبح يكسر عنه اغلالاً واصفاداً حالت بينه زمناً وبين النظر الى الخارج والهجرة اليه .

هذه هى السيرة البيداجوجية لهذا السفر فى الالتزامات . ولذا لم نعرج على المؤلفين والاحكام الا بالقدر الذى نرى فيه الضرورة اللازمة فى الأخذ والرد . ولم نرد ان نجعل منه موسوعات مثل موسوعات دالوز والباندكت وسيرى وهى مجموعات وقف على الباحثين من العمليين [2] . انما أردنا به أن نجعل منه متناً تتفرع عنه الموسوعات ثم تعود اليه . فمنه تأخذ واليه تعود ، كما فعل غيرنا ممن سبقونا فى هذا المنحى .

---

(١) Demogue (٢) praticiens ممن يعملون بطبيعة عملهم على عد الاراء والاحكام والاكثار منها

ملاحظـة : هذا الكتاب فى الالتزامات هو بمثابة الجزء الثالث والأخير من المطول فى الالتزامات أو المداينات الذى سبق لنـا ان أخرجنا منه جزأين تناولا نظرية الاثبات . وبهذا الكتاب يتم المطول .

تمهيدات أولية [١]

فى كنه الحق والقانون

١ — للقانون صلة بالعلوم الفلسفية والعلوم الاجتماعية . اما بالفلسفة فلأن لهذه الأثر الظاهر فى ترتيب الأصول القانونية ترتيباً صحيحاً تربطه لحمة الانسجام وسدى المنطق . وأما العمران فلأن القانون من شأنه تنظيم الحياة الاجتماعية من حيث ارتباط الافراد فى مصالحهم الشخصية والاجتماعية .

فالفلسفة والعمران يعملان فى تكوين القانون بما توحى اليه الاولى من دقة البحث والغوص ، وبما يوحى به الثانى من مختلف الانظمة ومظاهر الحياة العملية . والكلمته [٢] الفرنسية معان عدة :

المعنى الأول : القانون — وهو طائفة من المبادىء [٣] أو القواعد [٤] أو القوانين [٥] التى تنظم شؤون الحياة العملية للافراد وتقرر جزاء [٦] على من يعمل على مخالفتها توقعه عليه من طريق الاكراه الاجتماعى [٧] أو القوة العامة [٨] . وينعته بعض الشارحين بالقانون الاجتماعى الخاص بجماعة معينة [٩] فيقال مثلا القانون المصرى والقانون الفرنسى . وتجرى العادة على كتابة أوله بحرف كبير هكذا D اشارة الى أنه عَلَم قد وقف على جماعة معينة

---

(١) رأينا هنا ضرورة الاشارة الى بعض الاصول الاولى الضرورية للالتزامات ولم نرد الاطالة فيها حتى لا نخرج عن موضوع الالتزامات . ومن شاء التوسع فى الاطلاع فليراجع ما كتبه فقهاء القانون فى مقدمة القوانين وما ترجع فيه هذه المقدمة الى ابحاث علمية شتى فى مواضيع مختلفة اجتماعية وفلسفية . (وقد ورد أصح هذه الابحاث بكتاب القانون المدنى تأليف كولين وكابتان ج ا ص ١) وانما أردنا هنا بهذه العجالة أن نلم الماماً سريعاً بشتات هذه المواضيع تمهيداً للدخول فى النظرية العامة للالتزامات حتى تكون حاضرة فى ذهن القارىء (٢) droit (٣) préceptes (٤) règles (٥) Lois (٦) sanction (٧) force sociale (٨) force publique (٩) droit objectif

المعنى الثانى [1] . — هو الحقوق ، وهى بالنسبة للفرد على عكس الحالة الاولى الخاصة بالجماعة : فكما ان للجماعة دستوراً تسير عليه فى شئونها العامة بتعيين قواعد للافراد تقررها باعتبارها صاحبة السلطة العامة، فللافراد كذلك حقوق قبل بعضهم البعض تسمى مزايا[2] أو امتيازات [3] ولكل حق لدى الفرد مظهر من مظاهر القوة [4] عند صاحبه كما قال بذلك سافينى [5] ويسمى بالحق الخاص أو الحق الشخصى [6] وهو خاضع للقانون الخاص بالجماعة المعينة [7] بمعنى انه لا يستطيع صاحب الحق الشخصى التمتع بحقه الا اذا قام من جانب شخص آخر واجب قانونى[8] أى التزام [9] يكلف به هذا الشخص الآخر . فحق الملكية هو تمتع صاحبه بالعين ازاء كل فرد ملزم بمقتضى القانون العام باحترام هذا الحق . كذلك الحال فى حق المدين ازاء دائنه ، وهكذا . وعند الاخلال بالحق يحل الجزاء . ومن هنا لكل حق جانبان : جانبه الايجابى وهو صاحبه : وجانبه السلبى وهو الملزم به . ثم له جزاؤه وهو تدخل السلطة الشرعية الحاكمة . على أن الجانب الايجابى مكلف هو الآخر بما يجعله فى موقف الجانب السلبى : بمعنى انه لا يجوز له استغلال حقه بطريقة تلحق بالفرد ضرراً غير مشروع ، يخالف الأغراض الاجتماعية للقوانين . كما أن الجانب السلبى مكلف بواجب احترام حق الغير مع حسن النية .

٢ — فالحق فى ذاته مجموعة مزايا [10] وواجبات [11] من طرفيه . وكل مزية يقابلها واجب . أو الحق هو تبادل المنافع بين الافراد من الوجهة العامة أو الخاصة

المعنى الثالث [12] هو علم القانون بالذات أو علم الحقوق فيقال علم القانون المدنى ودار القانون ، أو الحقوق وكتب القانون [13]

---

(١) أى للفظ droits فى صيغة الجمع
(٢) facultés
(٣) prérogatives
(٤) un pouvoir
(٥) Savigny
(٦) droit subjectif
(٧) droit objectif
(٨) devoir juridique
(٩) obligation
(١٠) avantages
(١١) devoirs
(١٢) أى للفظ droit
(١٣) كولين وكابتان Colin et Capitant. فى القانون المدنى الجزء الاول الطبعة الثانية سنة ١٩١٩ ص ١ — ٢. بلانيول ج ١ الطبعة الثامنة سنة ١٩٢٠ ص ١ — ٢٠ كتابنا فى الالتزامات والمداينات ج ٩ ص ٧٥ — ٨٣

القانون والاخلاق

٣ — كما ان القانون العام من شأنه تنظيم الجماعات وربطها برباط نظامى يضمن لها سعادتها الحيوية كذلك علوم الاخلاق [١] فانها ترسم ضوابط للافراد تضىء لهم بها طريق الحياة عملياً وخيالياً فالقانون والاخلاق يشتركان حينئذ فى تهيئة طريق الحياة للافراد . وقوامه طائفة من الاصول العامة تجعل العالم فى حالة توازن [٢] مستمر يحفظ كيانه من التدهور والتلاشى

الا ان القانون وان تلاقى مع علم الاخلاق فى مركز الدائرة فانه يتباعد عنه فى محيطها كما لاحظ ذلك بحق بنتام [٣] . اذ للاخلاق مجال غير مجال القانون . فبينما الاخلاق تعالج الفرد فى واجباته الادبية مع أمثاله وامام الله عز وجل فان القانون يعالج الشئون الحيوية من وجهتها الاجتماعية العملية البحته . ولذلك ليس للاول جزاء عالمى معين بخلاف الثانى فان له جزاء تحميه السلطة العامة أى القوة الاكراهية المطلقة. فاذا وصت العلوم الاخلاقية بالتصدق على اليتامى والمساكين فلا جزاء على من خالف. ولكن اذا لم يف المدين بدينه اتبعت نحوه اجراءات اكراهية ألزمته بالوفاء جبراً . وفى بعض العصور التاريخية كان الجزاء جسمانياً أكثر منه مالياً ثم تهذب مع نمو المدنية . وتختلف الاخلاق عن القانون فى أن واجباتها وأوامرها لاحدود لها بخلاف القانون فان أوامره معينة . لذلك كان جزاء الاولى مستحيلاً وجزاء الثانى مستطاعاً . ولكن مع تطور الجماعات فى العصور الحاضرة أصبحت الزكاة — بعد أن كانت أصلاً أخلاقياً صرفاً يُدلى به الى الفرد من طريق النصح والارشاد — فرضاً تكلف الآن بها الجماعة باعتبارها مجموعاً تعمل على اصلاحه من طريق اصلاح أفراده وهو ما يسمى فى الوقت الحاضر بحق الرعاية والعناية الحكومى [٤]

القانون الطبيعى

١ — القانون المعمول به والقانون الطبيعى

٤ — يراد بالقانون المعمول به [٥] القانون المسطور والعادات [٦] المعمول بها

---

(١) la Morale (٢) équilibre (٣) Bentham (٤) droit de culture

• ـ كابتان ص ٢ — ٣ (٥) Droit positif (٦) coutumes

أى القانون الذى أملته ارادة الجماعة على أفرادها . فهو كما قال « بورتاليس [1] » طائفة من الارادة المتكررة للجماعات . لذا هو الزامى أى يكره الجميع على احترامه

ويراد « بالقانون الطبيعى [2] » ما كان خارجاً عن القانون المسطور والعادات المعمول بها أو هو ما يفهمه الافراد من طبيعة الاحوال ومما توحى به اليهم ضمائرهم وعقولهم . لذا يعتبر القانون الطبيعى جزأ من فلسفة القانون [3]

وكان للقانون الطبيعى أثر ظاهر عند أهل البحث فى القرن الثامن عشر فقرروا أصولهم العمرانية والفلسفيه والسياسية بعد أن أشبعوها بهذا القانون

وكان على رأسهم روسو [4] اذ قال بالعقد الاجتماعى [5] وقرر للانسان حقوقاً متصلة بشخصه باعتباره انساناً تتقرر له من يوم ولادته بصرف النظر عن اختلاف الشعوب والازمان وانه ينزل عن بعض هـذه الحقوق عند تكوين العقد الاجتماعى لمصلحة نفسه ولمصلحة الجماعة . وان هذا القانون فوق القانون المعمول به والمسطور . وقد تسربت روح هذه الفلسفة ، وهى التى تشبعت بها مبادىء أهل الثورة الفرنسية سـنة ١٧٨٩ ، الى القانون المدنى الفرنسى الصادر سـنة ١٨٠٤ كما دلت على ذلك الاعمال التحضيرية الخاصة به . وقد وجد ضمن مشروع هذا القانون النص الآتى : « يوجد قانون عام [6] غير قابل للتغيير [7] وهو مصدر القوانين المعمول به وهو لم يخرج عن كونه الالهام الطبيعى [8] أو المبدأ الطبيعى الذى يساس به جميع الناس . » وقد حذف هذا النص عند وضع القانون وضعاً نهائياً

٥ — ولقد سلقه الناقدون بالسنة حداد وقالوا ان من عيوب هـذا القانون الطبيعى انه يستحيل ان تكون مبادئه وأصوله واحدة عند جميع الناس مادام الناس مختلفين فى أخلاقهم وطبائعهم وميولهم الفلسفية والسياسية . فالقول بوجود مبادىء واحدة عند مختلف الشعوب مجازفة فى القول ومخالفة للواقع . ولقد مرت سنون وظهرت شعوب عدة ولم يتحقق مطلقاً وجود هذا القانون الموهوم أما الذى ثبت

---

(١) Portalis (٢) Droit naturel (٣) Philosophie du Droit (٤) Rousseau
(٥) pacte social (٦) Droit universel (٧) immuable (٨) raison naturelle

عند كل شعب وعند كل بيئة معينة وجود قانون وضعي كان هو دستور تلك الجماعة . ولم يوجد ولن يوجد سواه

٦ — على ان الآخذين بنظرية القانون الطبيعي ومحبذيه لم يتركوا الناقدين دون أن يدفعوا عنهم ما حملوه اليهم من عبارات النقد الشديد. فقال محبذوه إنه من الثابت تاريخاً وعمراناً ومنطقاً ان كل جماعة كان لا بد لها من دستور يسوسها ويعالج من شئونها العامة والخاصة . وهو قانونها الوضعي . أما وجود هذه الجماعة وضرورة سياستها بدستور فهو أمر طبيعي [١] أي أمر واقع حتمي وما دام الأمر كذلك فلا بد لمن يعهد اليه أمر سياسة هذه الجماعة فرداً كان أو مجموعاً من الأفراد — وهو الشارع [٢] بوجه عام — أن يتبع منهجاً معيناً وأصولاً مقررة في وضع قانون يجب أن يتفق مع حاجات الشعب وميوله المعروفة وقت التقنين : هذا المنهج وهذه الأصول المعينة هي هي بنفسها القانون الطبيعي وكلما قطعت شعوب العالم أشواطاً طويلة في طريق المدنية كلما توحدت لديها هذه الأصول الطبيعية مهما اختلفت الوسائل التي استخدمت في تحقيقها . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن القانون الطبيعي عام ولكنه قابل للتغيير والترقي في مدارج الرقي . ولقد ثبت تاريخياً ان القوانين السابقة هي غير الحاضرة . وما يأتي بعد سيكون على خلاف ما هو معروف الآن وما كان معروفاً من قبل [٣]

٢ — القانون الطبيعي وتطوره وآثاره في القانون الفرنسي

٧ — ظهرت امارات هذا المذهب كما ذكرنا من قبل في القرن الثامن عشر بعد ان مرت الجماعات بادوار تطورت فيها تطورات مختلفة اذ كان القانون [٤] في الازمان السابقة يمتزج كل الامتزاج بالدين والفلسفة العامة . فكان ينصرف القانون الى سياسة الجماعات في جميع شئونها والى الرقابة على عقائدهم أي ان حكمه كان يتمشى

---

(١) fait naturel (٢) législateur (٣) كابتان ص ٣ ـ ٤ بلانيول ج ١ ص ٢ ـ ٣ ن ٤ ـ ٨ . وقد وردت مراجع هذا البحث بالنبذة ٨ بلانيول . (٤) Droit

على الارواح والاجسام معاً . فذهب الانسان ضحية الحكومة [١] بحكم ذلك القانون، تلك الحكومة التى جمعت بين السلطة الروحية [٢] والسلطة الزمانية [٣] ولما تنازعت هاتان السلطتان أمر سياسة الشعوب وتفاقم النزاع بينهما فى غضون القرون الوسطى، ذلك النزاع المعروف بنزاع الكنيسة [٤] مع الدولة [٥] اخذ الفرد يتحرر شيئاً فشيئاً من القيود الدينية ، بفضل نهضة الاصلاح الدينى [٦] المعروفة فى القرن السادس عشر، ومن القيود السياسية وسلطان الحكم السياسى [٧] بفضل الثورات السياسية فى القرنين السابع عشر والثامن عشر . ولم تأذن الحلقة التاسعة من القرن الثامن عشر بالانتهاء حتى اشتهر فى سنة ١٧٨٩ أمر الاصول الاساسية للقانون الطبيعى المعروف فى ذلك العصر وعرفت بالمبادىء العصرية [٨] وهى المبادىء التى تقررت لحماية الفرد وسميت بالمبادىء الفردية [٩] لانها الحامية لهذا الفرد وقررتها الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ من طريق حصرها ونشرها باسم « اشهار حقوق الانسان والوطنى [١٠] » وروعى فى وضعها انها صراع بين الفرد والسلطات وانها امارة على انتهاء الفرد بالانتصار عليها .

٨ — وتنحصر هذه المبادىء فيما يأتى :

١) ان القانون وجد لخدمة الفرد فيجب ان ينصرف الى العمل على حماية ملكاته وتنميتها ورعاية جسمه والعمل على سعادته ويجب ان تنحصر مهمة الحكومة فى هذا الشأن فى تمكينه من تحقيق هذه الاغراض والعمل على كل ما يحول دون تحقيقها

٢) ان الفرد حر فى اختيار اسلم السبل لتحقيق هذه الرغبات وهو ما يسمى بالحرية المدنية [١١] أو حرية الارادة الشخصية [١٢] ، وحرية الفرد محدودة فى هذه الحالة بواجب يقوم به هو نحو الغير فى ان لا يعمل ما من شأنه تعطيل الانتفاع بالحقوق عند الافراد الاخرين وبحقوق الحكومة المشرفة على الجميع

٣) ان من حقوق الافراد الاشتراك فى وضع النظم والاصول النظامية العامة وهو مايسمى بالحرية السياسية [١٣]

---

(١) Etat (٢) spirituel (٣) temporel (٤) Eglise (٥) Empire
(٦) Réforme (٧) autorité laïque (٨) idées modernes (٩) conceptions
individualistes (١٠) Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
(١١) la liberté civile (١٢) autonomie de la volonté individuelle
(١٣) liberté politique

هذه هى المبادئ التى تشبع بها قانون نابليون والتى تنم عن القانون الطبيعى المعروف فى ذلك العهد . ولكن قد لاحظنا ان القانون الطبيعى هذا لا يبقى على حالة واحدة بل هو يتغير ويتطور هو الآخر بتغير وتطور الشعوب والازمان تبعا لما يعترضها من الظروف الاقتصادية والسياسية المختلفة

٩ — ولقد شعرت الجماعات فى الوقت الحاضر بشعور التضامن (١) وأخذت آثار هذا الشعور تظهر فى عالم التشريع فى هذا الوقت وأصبحت الحكومات الآن بموجب حق المجتمع (٢) تتدخل فى شئون الأفراد من طريق تقرير بعض الأصول لحمايتهم من الاضرار التى تنتابهم من جراء النظم الاجتماعية الجديدة . وهذا مايتعارض حتماً مع المبدأ الفردى (٣) الذى تشبع به قانون نابليون

فبينما كان قانون نابليون قد جعل همه حماية الملكية الفردية وأغفل أمر نظام العمل والصنائع اذ جاء الشارع فى العصور الحاضرة وعالج ما أغفله القانون السابق بما هو معروف بشرائع العمال (٤) وهذا القانون الطبيعى الجديد هو غير ذلك القانون الطبيعى الذى كان معروفاً سنة ١٨٠٤ وقبلها (٥)

١٠ — وان كانت مصر لا تعرف قانوناً يحكى قانون العمال الفرنسى الا أن حركة العمال تتطور هى الأخرى فى طريق النمو . ولم تغفل الحكومة أمر هذا التطور بل وفته أيضاً قسطه من العناية فى مواقف خاصة اذ أنشأت لجاناً للتوفيق بين أصحاب الأعمال والعمال (٦) . ووضعت قانون الاضراب وقيدته بقيود خاصة (٧) وربما قد آن الوقت لوضع قانون للعمال ينظم من أحوالهم مع أصحاب العمل بطريقة تتفق مع نمو الضرورات الاجتماعية الحاضرة ومع شيوع الحركة الاقتصادية والصناعية والتجارية بحالة مخالفة لما كانت عليه الحال من قبل

٣ — القانون الطبيعى والشرائع الحاضرة

١١ — وما عتم أن ظهر قانون نابليون سنة ١٨٠٤ وأذيع فى العالم أجمع حتى

---

(١) solidarité (٢) Droit social (٣) droit individuel (٤) législation ouvrière (٥) كابتان ص ٤ — ٦ (٦) قرار مجلس الوزراء فى ١٨ اغسطس سنة ٩١٩ مجموع القرارات والمنشورات سنة ٩١٩ ص ١٦ (٧) قانون رقم ٣٧ سنة ٩٢٣ فى ٩ سبتمبر سنة ٩٢٣

عملت الشعوب الأخرى بقدر مالديها من أقساط المدنية على الأخذ بمبادئه والعمل بأصوله وفعلا شاعت فكرة التقنين من طريق التجميع [1] . وقرر القانون النمساوى الصادر سنة ١٨١١ بالمادة ٧ منه المعمول بها للآن مايأتى : « اذا لم يرد فى القانون نص ولم يتبين فيه ما يمكن الأخذ به من طريق القياس فى نزاع مطلوب الفصل فيه ، وجب الحكم فى هذا النزاع بمقتضى مبادئ القانون الطبيعى . »

وقد يراد بالقانون الطبيعى العدالة [2] أى ما توحى به طبيعة الحال الى القاضى بحيث يكون حكمه متفقاً مع روح القانون ومع الشعور بأن ما يقضى به ترتاح اليه النفس ولا تنزعج منه الضمائر . ولكن الحيرة هى فى معرفة القياس الذى يسار عليه فى معرفة العدالة وما هى اداة الوصول اليها وكيف تتحقق. ومن المستحيل تعيين ذلك. انما العدالة أمر ظنى يرجع لكل حالة خاصة . ويجب على القاضي أن يفصل فى الدعوى عند غموض النص أو عند عدم النص والا اذا امتنع عن الحكم اعتبر مرتكباً لجريمة الامتناع عن الحكم [3] وجازت محاكمته [4]

٤ — القانون الطبيعى والشرائع المصرية

١٢ — ولما جاء الشارع المصرى المختلط سنة ١٨٧٥ رأت الدول صاحبة الامتيازات الاجنبية عند وضعها بالاتفاق مع الحكومة المصرية للائحة تشكيل المحكمة المختلطة ان تقرر بالمادة ٣٤ منها ما يأتى : « على المحاكم المستجدة فى المواد المدنية أو التجارية التى من خصائصها وفى المواد الجنائية التى حصل التراضى على اختصاصها بها ان تتبع نصوص القوانين المقدمة الى الدول من طرف الحكومة المصرية . واذا لم يوجد فى القوانين نص صريح [5] أو كان النص غير كاف [6] أو فيه ابهام [7] تحكم المحاكم بما تقتضيه قواعد العدل والانصاف [8] » وقد وردت كلمة القانون الطبيعى

---

(١) codification (٢) équité (٣) déni de justice (٤) راجع المادة ٤ من القانون الفرنسى - قارن المواد ١٠٥ / ١٢٣ و ١٠٦ / ١٢٦ عقوبات مصرى . والمواد ٦٥٤ / ٧٤٦ مرافعات الخاصة بمخاصمة القضاة وشرحها فى كتاب التنفيذ بند ١٣٤٩ وما بعده للدكتور أبو هيف بك (٥) silence (٦) insuffisance (٧) obscurité (٨) aux principes du droit naturel et aux règles d'équité.

بجانب العدالة بالنص الفرنسي دون النص العربي اشارة الى احتمال ان يكون المعنى واحداً ، والمفهوم من ذلك ان الشارع المختلط تأثر بالقانون الفرنسي الذى كان هادياً له فى كل تشريعاته .

ولما وضع الاستاذ « مونورى [1] » القانون المدنى المختلط سنة١٨٧٥ نقل نص المادة السابقة الى المادة١١من القانون المدنى فجاءت كما يأتى : « اذا لم يوجد فى القانون نص صريح او كان النص غير كاف او فيه ابهام يحكم القاضى بما تقتضيه قواعد العدل والانصاف » والنص الفرنسى كنص المادة ٣٤ السابقة

وجاء واضع القانون الاهلى سنة١٨٨٣ وهو « موريوندو [2] » وقرر بالمادة٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية ما يأتى: « ان لم يوجد نص صريح فى القانون [3] يحكم بمقتضى قواعد العدل [4] ويحكم فى المواد التجارية بمقتضى تلك القواعد ايضاً وبموجب العادات التجارية . » ولم يشر الشارع الاهلى الى القانون الطبيعى ولكن المقصود من العدالة هو ذلك القانون طبعاً .

٥ . — القانون الطبيعى والقضاء المصرى

١٦ - وكان من اللازم على ذلك أن يأخذ القضاء المصرى - اهلياً أو مختلطاً - بالعدالة او القانون الطبيعى بما يتفق مع الميول المعروفة لدى الجماعات النائية كالبيئات الاوروبية وهى الميول التى تسربت الى مصر أيضاً . ولكنه عمل على نقيض ذلك فيما يتعلق بنظرية المسئولية الشيئية [5] ونظرية مخاطر الحرفة [6] وابى الاخذ بالمسئولية والحكم بتعويض الا اذا ثبت حصول التقصير [7] . وحجته فى ذلك انه عند عدم النص لا يجوز له ان يأخذ بنصوص القوانين الجديدة التى وضعتها الشعوب الاخرى ما دام انه لم يوضع مثلها بمصر ، ولكن اذا صح ذلك فقد كان عليه ان يأخذ بمبادىء العدالة واصول القانون الطبيعى التى أوحت الى الشارعين الآخرين فى وضع تشريعاتهم الجديدة ، كما فعل ذلك فيما يتعلق بتقليد العلامات الصناعية والرموز المسجلة [8] أو غير المسجلة للمحلات التجارية والصناعية فيما يختص بمصادرة الاشياء المقلدة وكما فعل بشأن ملكية

---

(١) Maunoury (٢) Moriondo (٣) à défaut d'une disposition expresse (٤) principes de l'équité (٥) responsabilité objective (٦) risque professionnel. (٧) faute (٨) marques déposées

المؤلفات وحريتها وزوالها بعد مدة عينها القضاء نفسه بالرجوع الى القوانين الاوروبية الحاضرة . [1]

في القانون علماً أو فناً

١٧ — هل يعتبر القانون فى عداد العلوم ام فى عداد الفنون ؟

يراد بالعلم [2] مجموعة مبادىء أصولية وقواعد مقررة مستفادة من الطبيعة نفسها ولها مظاهر طبيعية محكومة بهـذه القوانين الطبيعية وهى لا تتغير الا بتغير مقادير عناصرها . بحيث ان الخطأ فى تقدير هـذه الاصول الطبيعية يكون شبه مستحيل عند توافر عناصرها

أما الفن [3] فهو مختلف عن العلم اذ انه اذا كان هو الآخر محصوراً فى تقرير بعض الاصول والقواعد الا انه ليس لها من مزية الاستقرار الراسخ واستحالة عدم التغير ما للأصول العلميـة . لان أصول الفن ظنية تخمينية بخلاف أصول العلم فانها حقيقية

وبينما ينصرف العلم الى تقرير أصول ثابتة اذ ينحصر همّ الفن فى وضع قواعد تقريبية يكون الغرض منها الحصول على حالة أضمن وأدق

فالقانون من حيث هو علم فهو فرع من فروع علم الاجتماع [4] . اذ يعمل على تقرير الاصول الاجتماعية ، مما يراه من المشاهدات الحيوية مستعيناً فى ذلك بالتاريخ والاقتصاد السياسى ، بقدر ما تشعر به الجماعات من الحاجات الضرورية . وكذلك الحال بشأن القانون اذا انصرف الى درس الشرائع الاجنبية ، أو علم القانون المقارن فانه يعمل أيضاً على تلمس الميول القانونية العامة عند الشعوب الأخرى فالقانون فى كل ذلك سواءاً كان يعمل فى دائرة بيئته هو أم خارجها لا يخرج عن كونه علماً فى تقريره الاصول العامة التى يضعها بعد استقراء المظاهر الحيوية المحلية والخارجية .

والقانون من حيث هو فن انما يعمل على تخير أسلم الوسائل وأحسنها فى تحقيق

---

(١) ج ع ا ص ٣١٥ ن ٣٣٨٤ وما بعدها . — م ت ق . ٣٢ ، ٣٦ . — ٣٠ ، ٢٨٤ — ٣٢ ، ٨٠ — س ٩٢٠٠ ، ا ، ١٠٥ ومقال هام كتبه Naquet . — ٣٥ ، ١٣٥ و ٣٣٠

(٢) science (٣) art (٤) sociologie

راحة المجموع وسعادته وهذا ما يسمى بالفن التشريعي [١] . ويعمل على تطبيق الاصول التشريعية تطبيقاً دقيقاً فى أنواع الخصومات بين الافراد وهو ما يسمى بالفن القضائى [٢] وقد استعمل بعض القانونيين فى الاوقات الحاضرة كلمة سياسة [٣] بدلا من كلمة فن [٤] فيقولون السياسة التشريعية والسياسة القضائية والمعنى واحد فى كل منها [٥] .

فى أقسام القانون المعمول به

١٨ ــ ينقسم القانون المعمول به الى قسمين . قانون أهلى [٦] وقانون دولى [٧] فالاول يختص بأهل البلد الواحد والثانى بالشعوب ويسمى الثانى عاماً [٨] ويتفرع منه القانون الدولى الخاص [٩] وهو ما يتعلق بالشئون غير السياسية الخاصة بالاجانب داخل البلد كاحوالهم الشخصية .

والقانون الاهلى ينقسم الى ما يأتى :

١) قانون عام [١٠] ويشمل القانون النظامى [١١] والقانون الادارى [١٢] والقانون الجنائى [١٣]

(٢) القانون الخاص [١٤] ويشمل القانون المدنى [١٥] والقانون التجارى [١٦] والقانون البحرى [١٧] وقانون الحرف والصنائع [١٨] والقانون الزراعى [١٩] وقانون المرافعات [٢٠] المدنى او الجنائى . ويسمى)القانون المدنى أيضا من بعض وجوهه بالقانون الخاص الاقتصادى [٢١]

---

(١) art legislatif (٢) art jurisprudentiel (٣) politique (٤) art
(٥) كابتان ص ٦ــ٧ . ــ بلانيول ص ٢ ن ٣ (٦) droit nationaļ (٧) droit international
(٨) droit international public أو droit des gens (٩) droit international privé
(١٠) droit public (١١) droit constitutionnel (١٢) droit administratif
(١٣) droit pénal أو droit criminel (١٤) droit privé (١٥) droit civil من كلمة cité
(١٦) droit commercial (١٧) droit maritime (١٨) droit industriel
(١٩) droit rural (٢٠) procédure (٢١) droit privé économique أو droit privé patrimonial.

فى الفرق بين القانون العام والقانون الخاص

١٩ — القانون العام يتعلق بتقرير أصول عامة لنظام الحكومة الدستورى أو نظامها الادارى و توقيع جزاء على من يعمل على العبث جنائيا بالمصلحة العامة او المصلحة الفردية لذلك تكون نصوصه آمرة [١] اى الزامية للافراد

واما القانون الخاص فهو يقرر قواعد فى مجموعها ، الا النذر القليل منها ، اختيارية ، [٢] اى تتميمية أو تقريرية يرجع اليها اذا لم يتفق العاقدان على خلافها فى العقود القانونية المعقودة بينهما [٣] فقرر هذا القانون للافراد حرية الارادة فى التعاقد [٤] وجعلهم أحراراً فيما يتعاقدون عليه بما يتصل بمالهم و بأنفسهم الى حد معين . وهذا الحد المعين هو ما يسمى بالنظام العام [٥] وهو ما يترتب عليه الاخلال بالتوازن الاجتماعى واضطراب الحركة الاقتصاديه المضطردة .

قررت ذلك المادة ٢٨ بالفقرة الأخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الاهليه فقالت « وكل اتفاق خصوصى مخالف للقوانين المتعلقه بالنظام العمومى والاداب باطل لا يعمل به . » [٦]

فما خالف النظام العام يعتبر باطلا . وتقول المادة ٦ من القانون الفرنسى : « لا يجوز بواسطة الاتفاق بين الافراد مخالفة القوانين الماسة بالنظام العام والعوائد الحسنة » ولم يبين القانون المواد الخاصه بالنظام العام والتى لا تخصه . وأمر ذلك متروك لتقدير الشارع نفسه انما الغالب أنه اذا جعل بطلان العقد جزاء المخالفة [٧] اعتبر نصه ماسا بالنظام العام كما اذا قرر الرسمية للهبة او للرهن العقارى الرسمى . ويحصل انه يعطل من مفعول العقد اذا لم يلاحظ العاقدان ضرورة القيام بعمل خاص قرره الشارع ، كما قرر قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقمى ١٨ و ١٩ اهلى ومختلط بالمادة ٦ بأنه : « يجب التصديق على امضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل . ويكون التصديق ... »

---

(١) dispositions impératives (٢) dispositions supplétives ou déclaratives

(٣) actes juridiques (٤) volonté autonome (٥) ordre public

(٦) On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs.

(٧) à peine de nullité

٢٠ ـ والغالب فى العقود أن يبين العاقدان نتائجها . فاذا لم يبيناها رجع فى بيانها الى القانون نفسه كما فى البيع والايجار ويقال هنا بأن القانون يعرض [١] ولا يأمر [٢]

وللمتعاقدين النزول عما يقرره لهم القانون من الحقوق . مثل التعويض ، على شرط أن لا يكون ناشئاً عن التدليس فلا يصح التعاقد على الاعفاء منه لانه ماس بالنظام العام ، كالشرط الوارد بأوراق شحن البضائع بمصلحة السكة الحديدية فى حالة ضياع البضائع أو تلفها . فاذا ضاعت بفعل السرقة من جانب عمالها بطل شرط الاعفاء من التعويض وتحتم الحكم بالتعويض لان القانون لا يرضى بهذا العمل الضار بالنظام العام

وقد يحصل أن الشارع نفسه ، عند ما يرى أحد المتعاقدين قد لا يستوى فى درجة حرية التعاقد مع الآخر ، يعمل على حمايته تشريعياً فيسد بذلك ما نقص لديه من قسط حرية التعاقد . كما يحصل ذلك بقوانين العمال بأوروبا أو كما حصل أخيراً بمصر بقانون تقييد أجور المساكن الصادر فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢١ رقم ٤ اذ قرر بالمادة ٣ فقرة ٢ بأنه يجوز للمستأجر أن يسترد مادفعه برضائه بطريقة مخالفة للقانون . وقرر بالمادة ١٢ منه ابطال ما اشترطه المستأجر على نفسه من دفع ايجار أكثر من القدر المعين بذلك القانون .

وهناك نصوص قانونية تسمى بالنصوص المقررة [٣] وهى التى تقضى برأى معين فى حالة معينة كما قضت المواد ٦٠٧ / ٧٣٣ مدنى و٦٠٨ / ٧٣٤ و ٤٥ / ٦٨ و٢٢٧٩ فرنسى فان ملكية المنقول تحصل بوضع يد المشترى بحسن نية

٢١ ـ واذا كان القانون يقرر حرية التمتع بالحقوق عند الفرد كحق الملكية مثلا (١١ / ٢٧ مدنى و ٥٤٤ فرنسى) فان لهذه الحرية المطلقة حداً تقف عنده . بمعنى أنه اذا صرف المالك حقه فى الكيد من جاره أو استخدم حقه بطريقة لا بد أن ينشأ عنها ضرر حتمى بالغير وجب عليه تحمل الضرر (نظرية الاعتساف فى الحق فى الحالة الاولى ونظرية المسئولية الشيئية [٤] فى الحالة الثانية)

---

(١) propose (٢) n'impose pas (٣) lois dispositives (٤) responsabilité objective

ومن هنا نرى ان نص الشارع فى المادة ١١ / ٢٧ مدنى و ٥٤٤ بان « الملكية هى الحق للمالك فى الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة » [١] قول لا يؤخذ به على هذا الاطلاق ما دام ان الحق مقيد بالمصلحة العامة .

فى مصادر القانون

٢٢ ـ مصادر القانون أو ينابيعه على نوعين . مصادر تشريعية [٢] وهى القانون [٣] والعادة [٤] ومصادر تفسيرية [٥] والثانية تعتبر مكملة للأولى باعتبار أن هذه الاخيرة هى الأصل . والمصادر التفسيرية هى الفقه [٦] والقضاء [٧]

١ — فى المصادر التشريعية للقانون

١ — القانون

٢٣ — للقانون [٨] معان كثيرة . فالقانون من الوجهة الفلسفية هو الأصل الثابت المقرر لجملة مظاهر حيوية معينة . والقانون من الوجهة العلمية القانونية [٩] هو بالمعنى الواسع [١٠] كل قاعدة إلزامية . فيقال قانون العقد مثلا [١١] . والقانون من الوجهة الوضعية هو القاعدة أو النص الالزامى للأفراد قد وضعته السيادة العامة [١٢] ليكون عاماً شاملا جميع الأفراد ويحصل أن لا يكون عاماً فيقتصر مفعوله على فرد أو أفراد معينين ويقال له فى هذه الحالة عمل تشريعى [١٣] والقوانين متجمعة تسمى بالقانون المسطور [١٤] وهو القانون المتبع عملا [١٥] بما يدخل فى هذا الاخير من العادات التى سيأتى ذكرها .

ونرى أن نأتى بلمحة سريعة على الحركة التشريعية بمصر الى وقتنا الحاضر . ونترك التفصيل فى ذلك الى ما أثبتناه بكتابنا فى الالتزامات أو المداينات (ج ١ ص ١ ـ ٦٣)

---

(١) de la manière la plus absolue (٢) sources législatives (٣) loi
(٤) coutume (٥) sources d'interprétation (٦) Doctrine (٧) jurisprudence
(٨) loi (٩) ordre juridique (١٠) lato sensu (١١) loi du contrat
(١٢) autorité souveraine (١٣) acte législatif (١٤) droit écrit (١٥) droit positif

٢ — لمحة سريعة فى تاريخ التشريع بمصر

٢٤ — كانت السلطة التشريعية والتنفيذية على اختلاف أنواعها من قضائية وادارية بيد الفراعنة وكانت الحكومة ملكية غير دستورية وكان الملك فيهم يتخير من بين رجاله وزيراً يكل اليه الاشراف على جميع مصالحه

وكانت قوانين مصر فى عهد الفراعنة أرقى قوانين الامم الأخرى المعاصرة لها . وفى مقدمتها القانون المشهور الذى وضعه « بوخوريس » أحد ملوك الاسرة الرابعة والعشرين . وقانون « أمازيس »

ويؤكد ريفيو [1] أحد المشتغلين بالقوانين المصرية القديمة بان قانون الاثنتى عشرة لوحة [2] أخذ عن القوانين المصرية بواسطة قانون سولون [3] اليونانى الذى نقل شيئاً كثيراً عن قانون « بوخوريس »

وفى عهد الرومان كان لمصر وال رومانى مقره الاسكندرية ويتنقل فى البلاد للفصل فيما يقع بين أفرادها من الخصومات

وظلت مصر من تاريخ الفتح الاسلامى سنة ٩٣٦ م لغاية سنة ٨٦٨ ولاية تابعة للخلافة يحكمها وال متنقل من قبل الخليفة يتصرف فى شئونها بما يوافق سنن الاسلام والعدالة وله تنصيب القضاة

وكان القاضى فى عهد الدولة العباسية لا يقضى بمذهب خاص بل يجتهد أو يقضى بمذهب أحد الأئمة . وأشهر قضاة العرب « المفضل » الذى كان أول من عنى بتدوين أسباب الاحكام

ثم انتقلت مصر الى حكم الترك بعد أن ظلت زمناً تحت حكم المماليك بلا قانون ولا نظام

ثم دخلها الفرنسيون سنة ١٧٩٨ على يد نابليون وأنشأ مجلساً نيابياً (ديواناً)

٢٥ — **عهد التقنين من غير طريق التجميع** : يقع هذا العهد بين حكم محمد على واسماعيل اذ أنشئت بعض المجالس وتقررت بعض القوانين بشكل موادموجزة .

---

(١) Révillout (٢) Lois des Douze Tables (٣) Solon

واهتم اسماعيل مع وزيره نوبار من سنة ١٨٦٧ بانشاء المحاكم المختلطة بالاتفاق مع الدول صاحبة الامتيازات الأجنبية وأنشئت المحاكم فعلا سنة ١٨٧٦ . واسماعيل هو أول من قرر انشاء مجلس الوزراء فى أغسطس سنة ١٨٧٨

٢٦ — فى عهد التقنين من طريق التجميع : يراد بالتجميع [١] جمع القوانين مرتبة على شكل مواد فى مجموعة واحدة . هـذا العمل لم يعرف الا فى عهد اسماعيل عند انشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٦ وفى عهد توفيق سنة ١٨٨٣ عند انشاء المحاكم الأهلية

٢٧ — التشريع المختلط : وضع القوانين المختلطة المحامى الفرنسى مونورى [٢] ورجع فيها الى القانون الفرنسى [٣] والى ماقرره القضاء والفقه الفرنسيان (المادة ٤٨ / ٧٠ مدنى) والى ما قررته الشريعة الاسلامية (٣٨ / ٥٩ مدنى المخالفة للمادة الفرنسية ٦٤٦ فيما يتعلق بالحائط المشتركة)

وكانت تقضى الامتيازات الاجنبية بضرورة موافقة جميع الدول صاحبة الامتياز على كل قانون يراد سريانه على الاجانب وذلك طبقاً للامتياز التشريعى [٤] وتعدلت المادة ١٢ مدنى مختلط بالقانون رقم ١٧ سـنة ٩١١ وابيح جواز سريان القانون على الاجانب لمجرد اقرار الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف له

٢٨ — ولما لم يوجد نظام خاص للنقض والابرام فى المسائل المدنية أضيفت المادة ٤١٦ مكررة لقانون المرافعات المختلط بالقانون رقم ٢٤ سـنة ١٩٠٦ بان أجيز لمحكمة الاستئناف المختلطة فى أى دائرة من دوائرها اذا رأت هذه الدائرة ان المسألة القانونية المطروحة أمامها قد تعارضت فيها آراء الدوائر الأخرى ، أو اذا رأت انه لا بد لها ان تعدل عن مبدأ مقرر من قبل ، أجيز لها فى كل من هاتين الحالتين عرض المسألة القانونية على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة بهيأة محكمة للبت فى مصير

---

(١) Codification (٢) Maunoury (٣) دى هلس ج ١ ص ١١٥ ن ٣٣ ف ٢ ووضع هذه القوانين شخص واحد وكان فى تقريره للمبادىء القانونية يتخطى الشرات من حواشى القانون الفرنسى حتى جاء القانون المصرى وقد شابه النقص فى كثير من مواضعه : دى هلس ج ١ ص ١١ وما بعدها (٤) Immunité législative

هذا المبدأ القانونى . وان لم يكن لما تحكم به أثر الزامى بالنسبة للدوائر والمحاكم الاخرى الا انه لا يخلو على كل حال من الاثر العلمى الادبى [١]

٢٩ . — **التشريع الاهلى** : وضع القوانين الاهلية موريوندو[٢] الايطالى المتوفى سنة ١٩١١ [٣] وراعى فى وضعها القوانين المختلطة والقوانين الفرنسية والشريعة الاسلامية وما قرره القضاء المختلط من سنة ١٨٧٦ لغاية سنة ١٨٨٣ وعدلت هذه القوانين بقوانين اخرى متقطعة جرياً وراء تطور البلاد من الوجهة الاقتصادية وما اظهره العمل من النقص التشريعى . وقد انشىء فى المحاكم الاهلية نظام الدوائر المجتمعة ايضاً (نبذة ٢٨) بمقتضى مادة ٣٧١ مكررة التى أضيفت الى قانون المرافعات الاهلى بالقانون رقم ٣٠ سنة ١٩٢١

٣٠ — **التشريع الشرعى** : كانت الشريعة الاسلامية هى قانون البلاد فى عهد العرب والاتراك وقد كان الالتزام فى القضاء معروفاً بمصر عند تولية محمد على عليها وقد عدل الشارع المصرى نظام هذه المحاكم بجملة لوائح وأهمها لائحة

---

(١) راجع تقرير المستشار القضائى سنة ٩٠٤ ص ٤٦ ـ ٥١ النسخة العربية . ـ اذ ترى فيه المناقشات التشريعية الخاصة بالاصول القانونية التى رجع اليها فى وضع هذا القانون الذى يعتبر نواة لمحكمة نقض وابرام . وراجع كتاب الدكتور ابو هيف بك فى المرافعات بند ٣١٨ فى كل ما صدر منها من الاحكام وفى كيفية تطبيق المادة (٢) Moriondo (٣) جاء فى تقرير المستشار القضائى عن سنة ٩١١ النسخة العربية ما يأتى : (ص ١٨) « ولقد خسرت محكمة الاستئناف المختلطة فى شهر دسمبر خسارة عظيمة بوفاة وكيلها المبجل المرحوم المسيو مريوندو الذى لبث زمناً فى خدمة الحكومة المصرية يتقلب فى كثير من الوظائف القضائية منذ سنة ١٨٧٥ وشق موته على الحكومة نفسها كما شق على زملائه وعلى الجمهور ايضاً « تعين المأسوف عليه موريوندو قاضياً بمحكمة الاسكندرية فى يونيو سنة ١٨٧٥ ثم دعى بعد ذلك بخمس عشرة سنة تقريباً اى فى سنة ١٨٩٠ ليكون مستشاراً خديوياً بقلم قضايا الحكومة فلبث فى هذا المركز الى ان عين فى سنة ١٨٩٤ مستشاراً ايتالياً بمحكمة الاستئناف خلفاً للمسيو جاكونه فكان فيها ركناً من اركان القضاء وانتخب نائباً عن وكيل المحكمة فى سنة ٩٠٢ ثم وكيلا لها فى سنة ٩٠٩ وكان قاضياً متضلعاً ذا عفة مجداً فى عمله وكانت له فى النفوس طول مدة خدمته حرمة كبيرة مقرونة بالحب وكان الى ماقبل وفاته ببضع اسابيع من اكثر القضاة جداً ومن اصبرهم على العمل بالرغم من تقدمه فى العمر » اه

سنة ٩١٠ رقم ٣١ التى رتبت من نظام هذه المحاكم وجعلها على نسق المحاكم الاهلية فى الشكل والاجراآت العصرية الحديثة

٣١ — **كلمة عامة** : ويلاحظ فى القوانين الجديدة الاهلية والشرعية الصادرة بعد سنة ١٨٨٣ أن رأى الهيئة التشريعية فيها اختيارى وان الكلمة للحكومة ، ماعدا تقرير الضرائب ، طبقا لما كان يقضى به نظام مجلس شورى القوانين والجمعية العمومية المنشأين سنة ١٨٨٣ والجمعية التشريعية المنشأة سنة ١٩١٣ . واما بمقتضى الدستور الحاضر الصادر فى ابريل سنة ١٩٢٣ فانه قد أصبح لمصر برلمان دستورى بعد ان اصبحت دولة مستقلة عقب ثورتها الحاصله فى مارس سنة ٩١٩ وتصريح الحكومة الانكليزية فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ولا يجوز الان سريان القوانين على الافراد الا اذا صادق عليها مجلس النواب ومجلس الشيوخ

٣٢ — **فى صعوبة التقنين امام الهيئات النيابية وفى نقص القانون عندنا بمعرفة شخص واحد** : وضع القوانين الاهلية والمختلطة شخصان كل منهما منفرد . وهذه مجازفة فى التشريع ظهرت عيوبها فيما بعد فى مجال العمل من غموض فى المواد وقصرها دون تأدية المعنى المقصود منها . واذا قارنا ذلك بالقانون الفرنسى الذى لم ينجح نابليون فى وضعه الا فى المرة الخامسة من المشروعات الخمسة وجدنا بونا شاسعا مع ان التقنين بطريق التجميع امام هيئات نيابية محفوف بالمتاعب ولقد اوشك القانون الفرنسى ان يفشل اكثر من مرة أمام هذه الهيئات لولا اصرار نابليون على اصداره وتذليله للصعوبات التى اعتورته . ويحكى القانون الالمانى الصادر سنة ١٨٩٦ المعمول به من سنة ١٩٠٠ فى تقنينه هو الاخر هذه الصعوبات نفسها .

٣٣ — **فى نقد القانون الفرنسى والرد على النقد** : كان يفخر نابليون بخروج قانونه الى عالم الوجود فى عهده . وقد أصاب فى فخره لان الشعوب الاخرى أخذت به ونحت نحوه مثل ايطاليا سنة ١٨٦٥ واسبانيا سنة ١٨٨٩ والبورتغال سنة ١٨٦٧ ورومانيا سنة ١٨٦٥ وأمريكا الجنوبية ومصر سنة ١٨٧٥ واليابان . حتى

المانيا قد استفادت منه أيضاً فى قانونها المنشور سنة ١٩٠٠ اذ رجعت اليه فى الوصية المكتوبة بخط اليد [١] . وما حانت سنة ١٩٠٤ حتى احتفلت جمعية الابحاث التشريعية بباريس [٢] بالعيد المئوى للقانون الفرنسى ونشرت ابحاثها العلمية المستفيضة بمجلدين عظيمين بعنوان خاص [٣] وأصبح هذا القانون فى العالم المتمدين علماً من الاعلام الخفاقة لفخر فرنسا فى عالم التقنين والقانون

على انه لم يفلت هذا القانون من نقد الناقدين اذ أنحى عليه باللائمة النقادة المعروف العالم الالمانى « سافينى » [٤] زعيم المذهب التاريخى [٥] وهو من أشد الخصوم معارضة للتشريع من طريق التقنين وحصر المواد وافراغها فى قالب معين ومحدد · وهو يحبذ المذهب الآخر الآخذ بالعادات [٦] لان العادات ألين عريكة مع حالات التطورات المختلفة للشؤون الاجتماعية، بخلاف المواد فانها جامدة لانها مفرغة فى نصوص صامتة. ولكن اذا صح هذا الرأى من بعض وجوهه (مع انه يعالج باجتهاد الفقه والقضاء) فان للعادات خطورة فى مرونتها غير المحدودة وفى تعددها وتناقضها أحياناً بما يلقى الحيرة والاضطراب فى تنظيم الشئون الاجتماعية . وقد دل تاريخ حياة الشعوب على ميل الجماعات الى التقنين من طريق التجميع . فقد وضعت المانيا قانونها المشهور سنة ١٨٩٦ . ووضعت سويسرا قانون الالتزامات الشامل لمقاطعاتها سنة ١٨٨١ ثم عهدت أخيراً الى أستاذ القانون السويسرى المشهور « هوبير » [٧] فى وضع القانون العام الشامل لجميع المقاطعات، ووضع ونشر فعلا فى أول يناير سنة ١٩١٢ [٨] .

٣٤ ــ ويعد هذا القانون فى نظر ذوى العرفان انه فى مصاف الاعمال التشريعية الجليلة لهذا العصر . وقد أخذ نابهو الانكليز السكسونيين فى انكلترا وفى أمريكا يفكرون ملياً فى مصير قانونهم المعروف [٩] وما لاحظوه من التعارض أحياناً بين العادات وما يعانيه القاضى فى ذلك من معرفة ما أذا كان القديم منها

---

(١) testament olographe (٢) Société d'études législatives (٣) Le Code civil, 1804-1904 Livre du Centenaire. (٤) Savigny (٥) L'école historique (٦) coutumes (٧) Hubert (٨) راجع تفصيل ذلك فى بلانيول الجزء الاول السابق ص ٢٢ــ٣٠ ن ٦٠ــ٨٦ ــ كابتان ص ١٥ــ١٦ (٩) المعروف باسم Common Law

لازال الاخذ به ممكنا أم لا . وترتب على هذه الحال ان التقاضى فى تلك البلاد أصبح محفوظاً بمصاعب وتعقيدات جمة يشوبه البطء وكثرة المصاريف والرسوم . ويظهر أن ما جربه الانكليز فى مستعمراتهم والبلاد التابعة لهم كبلاد الهند من التقنين عن طريق التجميع قد جعلهم يشعرون بصلاحية هذا الاسلوب التشريعى ورجحانه عن أسلوب العادات المبهم والغامض [1]

٣٥ ـ وقال الناقدون لقانون نابليون ان هذا القانون لم يكن جريئاً ولم يأت بمستحدثات وانه ملخص للقوانين السابقة عليه مع شىء من التهذيب بما املته على واضعيه الميول السياسية التى كانت مرونة قبل واثناء وعقب الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ ولكن يلاحظ ان هذا العيب ربما كان هو أحد فضائل هذا القانون . وقال فى ذلك « جيزو » [2] « اذا فكر الانسان ان يذهب بعيداً فى عمله ربما رجع فيه القهقرى »

٣٦ ـ ولقد غلا الناقدون فيه حتى دفعهم الامر الى عقد لجنة خاصة سنة ١٨٦٦ مكونة من كبار رجال القانون فى ذلك العهد واجتمعت مرات وناقشت فيها هذا القانون الذى كانت تقول عنه انه مجموعة قوانين عتيقة وانه خال من الاسلوب والخيال والوحدة .

اما القانون الفرنسى فى مجموعه فهو لا يزال الأثر الخالد لما احتواه من المبادىء العامة الدائمة ويكاد يحكى من هذه الوجهة مظهراً من مظاهر القانون الطبيعى

٣٧ – فى اعادة النظر [3] على قانون نابليون أو فى اعادة تقنينه برمته [4]

فى سنة ١٩٠٤ عند الاحتفال بالعيد المئوى لقانون نابليون اختلف العلماء بشأن تعديل هذا القانون . فقال بعضهم بضرورة اعادة النظر فيه (كولين وكابتان) أى تهذيبه وتنقيحه . وبعضهم قال باعادة تقنينه وسنه (لارنود [5] وبيلون [6] . وبعضهم لا يرى محلا لذلك كله بالمرة (بلانيول)

فمن رأى تهذيب بعض عباراته وكلماته رجع فى ذلك الى أنه لاحظ وجود كلمات

---

(١) كابتان ص ١٧ ـ ٢٠ بلانيول ص ٣٠ ـ ٣٥ ن ٨٧ ـ ٩٦ (٢) Guizot (٣) revision
(٤) refonte (٥) Larnaude (٦) Pilon

بمعان مختلفة [١] وأنه نشأ عن ذلك خلاف فى الآراء وتقرير فى المذاهب القانونية . ولاحظ فيه أيضاً تكراراً وعبارات لا فائدة منها . ومن حيث شكله فانه يحكى الترتيب الذى لوحظ فى الكتاب القانونى الذى أوعز بوضعه الامبراطور جوستنيان وأعده لطلبة الحقوق [٢] والذى رجع فيه الى نظام كتاب جيوس [٣] وهو نظام لم يلحظ فيه الترتيب المنطقى المعقول

على أن كل هذا لا يقدح فى سلاسة عباراته ودقتها وسهولتها تلك السلاسة والسهولة اللتان اختص بهما قانون نابليون دون القانون الالمانى ، الذى وضع فى قالب علمى دقيق ليس من السهل فهمه لدى الكافة وعامة الناس . هذا من الوجهة الشكلية أما من الوجهة الموضوعية فقد لاحظوا عليه نقصاً فى التشريع فيما يتعلق بنظرية التأمين [٤] والتعاقد بشأن العمل [٥]

أما بلانيول فانه لا يرى محلا لهذا التعديل الكلى أو الجزئى ويرى الاكتفاء بما يصدر من القوانين الجديدة

٣٨ — على أن الحكومة الفرنسية عقب الاحتفال بمرور مائة عام على العمل بقانون نابليون أنشأت لجنة لفحص القوانين الاجنبية ودرسها وتقرير ما يرى صالحاً لادخاله بالقانون المدنى الفرنسى عند اعادة النظر فيه

٣٩ — **تطور التقنين مع تطور الجماعات** — لا زلنا نقول بأن القانون هو صورة تنعكس فيها الحالة الاجتماعية . فالقانون هو وليد الحوادث الاجتماعية اذ هى التى تنشئه وتوجده وليس هو الذى يوجدها انما ينظمها ويرتبها ويعمل على تحسينها . لذلك لوحظ أنه عند حصول تغيير فى الحالة الاجتماعية تسن القوانين الموافقة لذلك التغيير . مثلا كان القانون الفرنسى لا يعرف كيفية حماية العمال [٦] وهم جماعة المعوزين [٧] الذين عاشوا أزماناً تحت سلطان الضغط والفاقة . فلما ترقت الصناعة واتسعت ارجاؤها [٨] وتعددت الآلات البخارية [٩] تفاقم العوز بهذه الجماعة فتنبهت لمصالحها

---

(١) مثل acte و titre و faute و nullité (٢) وهو المسمى Institutes (٣) Institutes de Gaïus (٤) assurance (٥) Contrat de travail (٦) Prolétaires (٧) Prolétariat (٨) Industrialisme (٩) Machinisme

ودافعت عن نفسها ومثلها بعض النواب في البرلمان . فصدرت قوانين عدة مشبعة بروح الاشتراكية المعتدلة حماية لهؤلاء العمال من كوارث الأمراض واحتمال الفاقة والعوز وتقررت لهم ضروب عدة لحمايتهم ولتقرير أنظمة خاصة تضمن لهم ما تقوم به حياتهم عند المرض أو الاصابة من العمل أو عند الشيخوخة

بل تدخلت الحكومة فى أكثر من ذلك أيضاً وقررت أنظمة خاصة باغاثة المعوزين بوجه عام وتقرير جعل خاص لمن كان كثير الاولاد واعفائه من جزء من الضرائب ، وعلى العكس من ذلك تثقيل كاهل العازب بالضرائب . وهذه الحالة الجديدة هى احدى نتائج الحرب العالمية الطاحنة التى ظلت تفتك بالعالم البشرى اجمع خمس سنوات طوال وهى تحصده حصداً حتى قل النسل وخيف فقد التوازن فى النسب المعروف من قبل

٤٠ — **التشريع المصرى الحديث** : كذلك الحال فى الشؤون المصرية . فان الشارع المصرى أهلياً كان أو مختلطاً لم يقف بعيداً عن التطورات الاجتماعية اقتصادية كانت أو سياسية أو فلسفية بل أخذ يعالج هو الآخر أموره الحيوية بسن قوانين تتفق مع هذه التطورات المختلفة فى تنظيم المحاكم وفى تنظيم الشؤون الحيويه وسياستها بما تقتضيه ظروف الأحوال . اذ عدل من النصاب النهائى للقاضى الجزئى وجعله مبلغ ٢٠ جنيهاً بدلا من ١٠ جنيهات لنزول قيمة الأسعار . وعالج حماية الاطفال بمعامل حليج القطن وغيرها . وكان شديد عنايته منصرفاً الى الشؤون الزراعية نظراً لطبيعة البلاد حتى أنشأ لذلك وزارة للزراعة . وعنى بمسائل القطن زراعة وبيعاً وشراءاً وتصديراً . وأصدر قانون تقييد أجور المساكن وتنقيص ايجارات الأراضى الزراعية وهى قوانين على ما فيها من هدم الاصول القانونية لحرية التعاقد الا انه لوحظ أن الحرية هذه لم تكن صحيحة وان الناس كانوا يعملون تحت سلطان الضغط والاكراه الأدبى . وهكذا من القوانين الصارخة التى هى صدى للشئون الاجتماعية الحالية التى لا يمكن أن تترك وشأنها دون معالجتها تشريعياً بواسطة السلطة الحاكمة

هذا ولما علت الشكوى من تناقض الاحكام فى تقريرها للأصول القانونية أضاف الشارع المصرى الاهلى المادة ٣٧١ مكررة لقانون المرافعات بمقتضى القانون رقم ٣٠ سنة ١٩٢١ الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢١ وقرر ماسبق للشارع المختلط أن قرره سنة ١٩٠٦ من انشاء الدوائر المجتمعة بمحكمة الاستئناف لتنعقد بهيأة دائرة للفصل فى المبادئ القانونية المختلف فيها أو المراد العدول عنها . وهذه خطوة كبرى فى سبيل ايجاد محكمة النقض والابرام فى المسائل المدنية (نبذة ٢٩)

٣ — العادة

العادة (١) أو القانون غير المسطور (٢) هى طائفة من الاصول القانونية لم يضعها الشارع نفسه بالطريقة التشريعية انما عمل على الأخذ بها باعتبارها وليدة الحاجات والعوائد الخاصة بالحياة الاجتماعية . والعمل بالعادة آت من طريق التعود على الأخذ بها . ويمكن الوقوف عليها بالمباحث القضائية أو أحكام المحاكم أو كتب رجال القانون

والأصل فى الشرائع الحاضرة أن تكون مسطورة ومعلنة على الافراد وأن تكون نتيجة ابحاث نواب الامة . الا أن الشارع يرجع فى كثير من الاحوال الى الاباحة للقضاء فى الاخذ بالعادات لانها تختلف باختلاف البلاد وتتطور هى الأخرى مع الزمن . فالتفويض من جهة الشارع للقضاء بالاخذ بالعادات ليس معناه الانابة التشريعية أى تفويض تشريعى من الشارع للقاضى (٣) لان ذلك محظور دستورياً اذ لا وكالة فى التشريع أى لا يجوز للشارع توكيل غيره فى التشريع (الا فى بعض مسائل معينة يراد بها وضع لوائح تنفيذية أو ايضاحية أو تكميلية بحيث لا تخرج فى اجرآتها عن القواعد المقررة ، المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية . — المادة ٣٤٨ / ٣٤٠ عقوبات) اذن لا يعتبر ذلك توكيلا (٤) بل تأييداً تشريعياً للعادة ذاتها (٥)

٤٢ — وقد أباح الشارع بنصوص صريحة الاخذ بالعادات فى بعض المواطن

---

(١) Coutume (٢) Droit non écrit (٣) délégation (٤) délégation
(٥) Consécration légale

من القانون المدنى . وأخذ هو بالعادات فى موطن آخر من القانون المدنى ، دون الافصاح عن ذلك بنص أفصح الشارع فيما يأتى :

قرر الشارع فى القانون المدنى الاخذ بالعادات فى كثير من مواده . اذ قرر الاخذ بعرف البلد [1] فى تقرير حق الارتفاق المتفق عليه بين طرفى العقد (المادة ٣٠ / ٥١ مدنى و٦٣٧ فرنسى) ورجع الى عرف البلد [2] فى تعيين قيمة الايجار عند عدم وجود عقد (المادة ٣٦٣ / ٤٤٦ مدنى و١٧١٥ فرنسى) واستند الى العرف الجارى [3] فيما يتعلق باخبار المستأجر بترك العين المؤجرة عند عدم تعيين مدة الايجار وعند حفظ حق المستأجر فى المحصولات (المادة ٣٨٣ / ٤٦٨ مدنى و١٧٥٨ فرنسى) واذا بقى المستأجر فى العين بعد انتهاء عقد الايجار رجع الشارع أيضاً فى تعيين المدة الجديدة الى المدد المعتادة [4] (المادة ٣٨٦ / ٤٧١ مدنى و١٧٥٩ فرنسى)

والمفروض فى ذلك كله أن العاقدين عند عدم الافصاح قد أراد الرجوع الى العادات أى عوائد الاهالى . فكأن العادات هذه هى نصوص تتميمية [5] أو تقريريه [6]

وقرر الشارع أيضاً فى تفسير العقود انه يرجع فى معرفة مرمى العقد الى الغرض الحقيقى الذى يقصده المتعاقدان بصرف النظر عن الالفاظ والى العرف الجارى [7] (المادة ١٣٨ / ١٩٩ مدنى و ١١٥٩ و ١١٦٠ فرنسى)

أما المسائل التجارية فالمفروض فيها انه لابد من الرجوع الى العادات التجارية دون الحاجة الى نص صريح بذلك كما فعلت لائحة ترتيب المحاكم المختلطة بالمادة ٣٤ ونصت لائحة المحاكم الاهلية على الاخذ بالعادات التجارية [8] بالمادة ٢٩ . ولا يرجع الى العادات التجارية اذا تعارضت مع نصوص صريحة فى القانون لان غرض الشارع مقطوع فيه وقتئذ بانه لم يرد الاخذ بالعادات بل أراد العمل على نقيضها.

---

(١) usages locaux (٢) usages des lieux (٣) les usages (٤) termes d'usage (٥) dispositions supplétives (٦) dispositions déclaratives (٧) l'usage (٨) usages commerciaux

هذا فيما أفصح فيه الشارع بنصوص صريحة

٤٣ — أما فيما لم يفصح فيه فقد لاحظ الشارحون الفرنسيون لقانون نابليون انه فى تقريره لنظرية دعوى ابطال التصرف [١] بالمادة ١١٦٧ (وهى المقابلة للمواد المصرية ١٤٣ / ٢٠٤ مدنى و٥٥٦ / ٦٨٠ مدنى) لم يبين شرائطهذه الدعوى ونتائجها القانونية على ما هو معلوم عنها من اتساع دائرة القول فيها . وقال الشارحون فى ذلك بان الشارع الفرنسى لم يرد بهذا الايجاز الغريب فى مادة واحدة مخالفة ما تقدمه من أقوال رجال القانون السابقين على نشر قانون نابليون . بل أراد على العكس من ذلك مؤازرتهم فيما سبق لهم أن قرروه . والدليل عليه أحكام المحاكم الفرنسية وآراء فقهائها [٢]

اذا علم ذلك فهل أراد الشارع المصرى كذلك بمادتيه المصريتين ١٤٢ و٥٥٦ أن يرجع الى العادات ؟ وما هى هذه العادات ؟ هل هى عادات فرنسية أم مصرية ؟ المعقول انه لا يرجع الا الى العادات المصرية التى كانت معروفة قبل سن القوانين المختلطة سنة ١٨٧٥ . ويظهر ان مونورى [٣] واضع هذه القوانين المختلطة لو كان قد لاحظ خلافاً بين هذه العادات المصرية ومثيلاتها الفرنسية لكان قد نص على ما يشير الى هذا الخلاف . أما وهو لم يفعل فالمفروض انه أقرهو الآخر بالمادتين ٢٠٤ و٦٨٠ مدنى مختلط العادات المصرية . ومما يؤيد ذلك ما فعله الشارع الاهلى فان موريوندو [٤] الايطالى واضع القوانين الاهلية وضع المادتين الاهليتين ١٤٣ و ٥٥٦ نقلا عن القانون المختلط حرفاً بحرف . (والمادتان ١٤٣ و ٥٥٦ أهلى بمعنى واحد فكان يكفى النص على واحدة دون الاخرى . وكذلك المادتان ٢٠٤ و ٦٨٠ مختلط)

٤٤ — ويرى مما تقدم أن العادات هى من المصادر التشريعية أى هى بمثابة قانون . ولكن برغم ذلك فانها لا ترتفع الى مرتبة القانون لتكون معه فى مستوى واحد من حيث الامتيازات الخاصة بالقانون . وذلك

---

(١) action révocatoire أو action paulienne (٢) كابتان ص ٢٧ ـ ٢٩ والهامش ١ من ص ٢٧ ـ بلانيول ص ٤ ـ ٧ ن ١١ ـ ١٥ (٣) Maunoury (٤) Moriondo

١) أن الامر فى معرفة العادة مفوض الى المحاكم فهى التى تقول بها . ولكن لاتقول بها الا اذا رفعت اليها دعاوى معينة للبت فيها من طريق الرجوع الى العادات . ولا تثبت العادة الا اذا أقرها القضاء بطريقة مضطردة معينة ولذا فهى لاتختلف عن المذاهب القانونية القضائية الا فى بعض الامور الدقيقة جداً . وليس القضاء ملزماً باتباعها فى كل دعوى ما دام التقرير فيها موضوعياً لا قانونياً

٢) وبما ان تقرير العادات يرجع الى سلطة القضاء المطلقة باعتبارها فى عداد الوقائع [1] فحكم القضاء فيها يفلت من رقابة محكمة النقض والابرام بمصر فيما يتعلق بالمسائل الجنائية عند النظر فى الحقوق المدنية ولكن هل يجوز رفع الخلاف فى تقرير العادة الى الدوائر المجتمعة طبقاً للقانون المختلط الصادر سنة ٩٠٦ والقانون الاهلى الصادر سنة ٩٢١ ؟ لا نظن ذلك طالما ان تقرير الخلاف تقرير موضعى لا قانونى لان نظام الدوائر المجتمعة لم يخرج فى حقيقته عن كونه مظهراً مصغراً للنقض المدنى [2]

٣) يعمل القضاء على عدم التوسع فى الأخذ بالعادات لما يشوبها من الابهام وعدم التعيين والتحديد . لانه اذا تأيدت العادة بالقضاء المتكرر فانها فى الغالب تفرغ فى قالب قانون ليكون لها حكمه ولتخرج من دور الغموض الموضوعى الى دور التشريع الصريح كما فعل الشارع الفرنسى سنة ١٨٦٦ بشأن العادات التجارية الخاصة بالبيوع التجارية

٢) فى المصادر غير التشريعية للقانون

٤٤ ـ المصادر غير التشريعية للقانون، وهى المصادر التفسيرية، على نوعين الفقه [3] والقضاء [4] وترمى هذه المصادر الى تفسير القانون وبيان مراميه وروحه والاسباب التى دعت الى سنه وبيان الصور العملية له مع تبيين مواضع الضعف ومواطن القوة

---

(١) faits (٢) ومع ذلك راجع حكم الدوائر المجتمعة المختلطة فى ٢٩ ابريل ١٩١٤ جازيت ٤ ص ١٥٣ نمرة ٣٧٥ الذى قرر وجوب عدم اغفال العرف فى مصر بالنسبة للمسلمين على الخصوص بان الوالد يجهز ابنته من مهرها ومن ماله الخاص اومالها الخاص وان هذه العادة اذا انضمت اليها ظروف خاصة مثل كبر المهر وغنى العائلة او الزوجة نفسها تكون الاثبات الكافى على ملكية الزوجة للامتعة الموجودة بالمنزل : كتاب التنفيذ للدكتور ابى هيف بك بند ٤٢٤

(٣) Doctrine (٤) Jurisprudence

فيه . وهى فى الغالب مرشد للشارع عند وضع قانون جديد او عند تناول القانون القديم بالتعديل او الالغاء

١ — الفقه

٤٥ — يراد بالفقه علم القانون [1] وهو ما يدلى به العلماء اما بالتعاليم الشفويه (كالمحاضرات) او التعاليم الكتابية (كالمؤلفات على اختلاف أنواعها من كتب ورسائل ومقالات بالمجلات وتعليقات على الاحكام) فاصحاب الفقه هم المدرسون والمؤلفون .

ولقد مثل الفقه ادواراً هامة فى علم القانون الفرنسى قبل سن قانون نابليون وبعد سنه . ولما كان لهذا القانون صلة كبرى بالقوانين المصرية نرى ضرورة التلميح الى التطورات الفقهية الفرنسية ومبلغ اثرها فى التشريع والفقه المصريين. ولقد بلغت درجة الفقه الفرنسى بمصر ان رجع قضاؤه فى جل أحكامه اليه والى مذاهب القضاء الفرنسى أيضا فالصلة حينئذ قائمة وواقعة

§ ١ — الفقه الفرنسى

الفقه قبل سن قانون نابليون : مر هذا الفقه بدورين متعاقبين

١) **الدور الاول** : كانت تجرى فرنسا فى تشريعها على الاخذ بالعادات فانطلق بعض القانونيين الى تدوينها بمجلدات خاصة أصبحت لها صفة شبيهة بالرسمية وأخذوا فى تفسيرها دون الخروج عن منطوقها

٢) **الدور الثانى** : قام فريق من رجال القانون ليس فقط بتفسير هذه العادات بل بالعمل على انتزاع مبادىء قانونية منها وتكوين علم القانون العام للعادات [2] من طريق التوسيع فى التفسير والاستعانة بالاحكام وعدم الجمود على نصوص صامتة. ولقد اشتهر من بينهم « دومولين » [3] و « دوما » [4] بما مهدا به الطريق الى واضعى قانون نابليون

---

(١) Science juridique (٢) Droit Commun Coutumier (٣) Dumoulin

(٤) Domat

٤٧ – الفقه بعد سن قانون نابليون : مر الفقه هذه المرة بثلاثة ادوار

الدور الاول: مذهب مفسري القانون[١] : قام هؤلاء المفسرون بتفسير قانون نابليون فلم يخرجوا عما جاء به ولذلك عملوا فى تفسيره على الرجوع الى الاعمال التحضيرية له[٢] حتى يتبينوا روحه استجلاء للمسائل التى لم ينص عليها .ولم يخرجوا عما جاء به باعتبار انه القانون المعمول به . فكانوا يعملون على البحث وراء غرض الشارع بحثا نفسانيا [٣] مستعينين فى ذلك بالطريقة المنطقية المعروفة بطريقة الاستنتاج [٤] فكانوا يجرون فى ذلك على طريقة الجماعة المعروفة فى القرون الوسطى بجماعة علماء التوحيد [٥] فى استنباط المجهول من المعلوم بواسطة الادلة الخاصة وذلك من طريق الدليل العكسى [٦] والاستنتاج بالأولوية [٧] أى ان عملهم كان مقصوراً على عمل تحليل المواد وشرحها

ولقد أخذ الناقدون على هذه الطائفة المسائل الآتية :

(١) ان مذهب هؤلاء المفسرين لم يكن مذهباً علمياً لانه جهل أو تجاهل القاعدة العلمية المقررة فى أن القانون مهما بلغ من درجة الدقة فانه لم يخرج عن كونه مرحلةمن مراحل التطور فى الرقى فى تاريخ الجماعة وانه خلاصة ظروف تاريخية . فهو حينئذ قابل للتغيير والتعديل. نعم ولو انهم كانوا يرجعون فى تقرير آرائهم الى القانون القديم والقانون الرومانى انما كانوا يعملون ذلك لا من طريق الايضاح والاستجلاء انما من طريق الاستعانة بالدليل [٨] تقريراً لرأيهم وتأكيداً لغرض الشارع ، ذلك الغرض الذى كانوا يسعون جهد الطاقة فى التعرف عليه

ولكن يرد على هذا النقد أن هذا المذهب كان لازماً بحكم الزمن وقرب ظهور قانون نابليون وكان من اللازم على أصحابه أن يعملوا على تفسير نصوصه واستجلاء غوامضه من طريق التعرف على غرض واضعه . وما كانوا ليستطيعوا وهم فى هذا الدور أن يخرجوا عن هذه الدائرة الطبيعية

---

(١) École des interprètes du Code Civil (٢) travaux préparatoires
(٣) interprétation subjective (٤) logique déductive (٥) les scolastiques
(٦) a contrario (٧) a fortiori (٨) argument

على انهم لم يقفوا فى التفسير الى الحد الذى أوخذ فيه عليهم بل توسعوا فيه ورتبوه ترتيباً علمياً عظيما .وهاك كتاب « ابرىورو »[1] الذى نهج فيه واضعاه منهج زكريا[2] واستعانا فى وضعه بالتاريخ وأحكام المحاكم . وهو يدل على مبلغ الجهد العظيم الذى عاناه هذان المؤلفان من الوجهة العلمية

٢) عابوا على هذا المذهب أيضاً انه لم يكن مذهباً مشبعاً بروح النقد[3] لانه لم يرجع فى تقرير مبادئه الى الآراء المقرره فى البلاد الأخرى وكأنهم بذلك قد اعتصبوا لقانونهم الاهلى دون أن يروا حاجة الى الآراء الاجنبية وبذلك لم يعملوا على ارشاد الشارع وإيضاح سبيل العمل أمامه

ويرد على هذا أن الشارع الفرنسى لم يظل منعزلا عن آرائهم وتقدمهم . بل عمل بمشورتهم فى تقرير حق الميراث للزوج بعد وفاة زوجه (المادة ٧٦٧ مدنى فرنسى وقانون ٩ مارس سنة ١٨٩١)

٣) وعابوا عليه أخيراً أن هذا المذهب لم يكن مذهباً عملياً[4] لانه لم يعبأ بالتغييرات الاقتصادية والاجتماعية التى ظهرت بعد سن قانون نابليون وبما تقضى به شئون العدالة وبما اعترى العادات من التغيير . بل قصروا همهم على العمل فى تكوين مبادىء قانونية لحمتها نصوص القانون وسداها غرض الشارع وهم اذا كانوا يستعينون أحياناً ببعض الأحكام القضائية فليس ذلك الا من طريق تأييد آرائهم ، لا من طريق التعرف على المجهول فى القانون ، واستجلاء الواقع ، واستقراء الأحكام الممثلة للحياة العملية . ومن رجال هذا الدور « ابرى ورو » و « دمولومب »[5] و « دمانت »[6] و « لوران »[7]

٤٨ ــ الدور الثانى : شعر رجال الفقه المصريون بخطورة هذا المذهب لان التطورات الاجتماعية والاقتصادية قد بلغت حداً أصبح فيه قانون نابليون لا يشفى

---

(١) Aubry et Rau (٢) Zachariae (٣) critique (٤) pratique (٥) Demolombe
(٦) Demante (٧) Laurent

الغليل فيما جد وحدث . ولذلك انطلق علم الفقه من هذه القيود الحديدية التى رسف فيها بالدور الأول وأخذ يتحرر على أيدى العصريين الذين فتحوا أمام الباحثين باب البحث والتنقيب على مصراعيه من غير قيد ولا شرط . وما عتم أن ظهر هـذا المذهب حتى أخذ به أنصار ومريدون عديدون وخدموا القانون فى الوقت الحاضر خدمات جليلة .

أما مبادىء هذا المذهب فهى ما يأتى :

١ — ان النص القانونى لم يكن نصاً غير قابل للتعديل والتحوير ولم تـكن آثاره حتمية . بل نص القانون هو كالجماعة من حيث التطور والتغيير

٢ — عند غموض النص أو عند عدم النص يجب أن لا يقصر البحث حول معرفة نية الشارع وغرضه بل يجب أن يكون الرأى منصرفاً الى تخير أقرب الآراء الى العدالة [١] والى ما يتفق مع الحاجات الاجتماعية الحديثة

٣ — ان القانون بمجرد صدوره يجب أن ينفصل عن الشارع وعن أغراض الشارع ويجب أن يحيا حياة جديدة فى عالم جديد يتأثر بتأثرات الحياة الحديثة ويتطور فى حياته العملية التطبيقية مع ظروف الحياة أى الحياة الجديدة [٢] . وهذا يساعد رجال الفقه على أن تـكون ابحاثهم منصرفة الى جعل القانون أداة عامة لسياسة الحياة الاجتماعية على اختلاف أشكالها وتباين صورها مع مرور الأزمان [٣]

٤ — انه يستحيل على الشارع ان يلم بكل ما يُـكِنُّه المستقبل . لذا يكون تشريعه من الطريق التقريبى على نسبة ما تحتمله الحياة المقبلة من الشئون والظروف المجهولة وقت وضع القانون

فاذا عمل رجال الفقه على جعل القانون الحاضر اداة عامة لسياسـة الشئون الاجتماعية المختلفة باختلاف الازمان فهم لا يذهبون فى ذلك على خلاف غرض الشارع بل يتفقون معه كل الاتفاق ويعملون بالعكس على تحقيق غرضـه والاخذ بما يرمى اليه ما دام انه يشرع للمستقبل المحتمل . واذا نعت الفقه بانه منشىء

---

(١) idéal de l'équité (٢) interprétation objective (٣) travail d'adaptation

للقانون [١] فانه مأمور من الشارع نفسه بهذا الانشاء ، والاصح انه مفسر ولديه تفويض بالتفسير

٤٩ — الدور الثالث : وهو دور علم القانون المقارن : هذا الدور هو وليد الدور السابق لأن من شأن الانطلاق فى باحات التفسير وكسر اغلال القيود الاولى أن يغلو انصار المذهب الثانى فى أن لا يقفوا بعملية التحرير فى دائرة الحيز الذى يعيشون فيه بل يتعدون وسطهم ويخرجون الى فضاء الخارج ليتبينوا ما اكنته شرائع الاقوام الاخرى وما استكن فيها من الآراء الفقهية والمذاهب التشريعية ، توطئة لتهذيب شرائعهم من طريق معالجة الآراء الفقهية وتهذيب المذاهب القضائية حتى اذا ما أصر الفقه على مذهب قام الشارع وقتئذ فأيد ما أثبته العمل واستقر فى مجاله [٢]

ولقد انقسموا فى تقرير هذا المذهب أيضاً الى شيعتين :

الشيعة الاولى وعلى رأسها « لامبير [٣] » وتقول بان الغرض من درس الشرائع المتقارنة وضع مبادىء تشريعية عامة بحيث يجوز الاخذ بها عند الامم المتجانسة فى البيئات الاجتماعية والمتحدة فى المصادر التشريعية وهذا يدعو بطبيعة الحال الى درس طائفة من جمهور الشرائع الاجنبية فى منابتها درساً ينتج فى النهاية مبدأ يصح أن يتمشى على الشعوب المتحدة فى المصدر . وسمى مذهبه هذا [٤]

والشيعة الثانية وعلى رأسها « سالى [٥] » اذ ترى أن الغرض من درس علم مقارنة الشرائع هو التعرف على المبدأ فى البلاد الأجنبية تعرفاً وقتياً يمكن رجال الفقه والقضاء من حل الاشكال حلا موضعياً مؤقتاً .

ومن هنا يلاحظ أنه بينما يرى «لامبير» أن القانون الاهلى لبلاده يعتبر فى ذاته أداة لرقى علم القانون المقارن ، أى أن القانون الأهلى يندمج فى علم القانون المقارن وأن هذا الأخير يستخدم القانون الأهلى استخداماً جزئياً فى سبيل وضع أحكامه

---

(١) Créateur (٢) كابتان ص ٢٩ ــ ٣٤ :ــ بلانيول ص ٤٦ ــ ٥٠ ن ١٢٧ ــ ١٣٤ (٣) Lambert

(٤) Droit commun législatif او la science du droit comparé (٥) Saleilles

نوتقرير قواعده ، اذ يرى « سالى » أن الشرائع المتقارنة يجب أن تستخدم أداة لرقى القانون الأهلى ووسيلة محلية فى معالجة إشكال موضعى من القانون الأهلى .

وبعد أن وضعت الحرب العالمية أوزارها اهتم رجال القانون فى أوروبا بدرس الشرائع الانكليزية والاميركية وأنشئت معاهد علمية لهذا الغرض بكلية الحقوق فى باريس ،وزعيمها « ليفى أولمان » (1) وفى ليون وزعيمها « لامبير » وقد نشر هذا المعهد الاخير نشرات دقيقة عديدة دلت على مبلغ نشاطه فى سبيل تحقيق ما قال به زعيمه .

وللدور الثانى والثالث أنصار معروفون ومؤلفات ومجلات مشهورة فمن المؤلفين غير من ذكرناهم بوفنوار (2) واسمن (3) ودموج (4) وكابتان وليفى (5) وجوسران (6) وبلانيول (7) وبودرى (8) وزملاؤه الذين شاركوه فى وضع مجموعته المطولة مثل بارد (9) وفال (10) وكولين (11) وبودان (12)

وأما مجلاتهم فكثيرة (13)

هذا ومن يوم ظهور قانون نابليون للآن ظهرت جملة موسوعات (14) مختلفة وتعليقات على القوانين (15)

٢ ـ الفقه المصرى

• ٥ — الفقه المصرى على ثلاثة أنواع : الفقه المختلط ، والفقه الأهلى ، والفقه الشرعى

الفقه المختلط : كانت ولا تزال حركة هذا الفقه ضعيفة ويظهر ان السبب فى ذلك هو عدم الشعور بالحاجة نحو المؤلفات المصرية بجانب المؤلفات الفرنسية وعلى الأخص لأن اللغة الغالبة فى القضاء المختلط هى اللغة الفرنسية

---

(1) Levy-Ulman (2) Bufnoir (3) Esmein (4) Demogue (5) E.Levy

(6) Josserand (7) Planiol (8) Baudry (9) Barde (10) Wahl (11) Colin

(12) Beudant (13) Revue critique de législation et de jurisprudence Revue trimestrielle de droit civil — Revue générale du droit — Bulletin de la société d'études législatives — Bulletin de la société de législation comparée

(14) مثل موسوعات دالوز وتكملة دالوز supplément وموسوعات كاربانتييه Carpentier وموسوعات الباندكت Pandectes وسيرى الدورى Sirey périodique ودالوز الدورى ودالوز العملى Dalloz, pratique ولم يتم بعد وهو فى دور التكوين (15) Codes annotés مثل تعليقات دالوز وتعليقات سيرى

على انه ظهرت مجلات لنشر الأحكام والتعليق عليها وظهرت تعليقات للقوانين : (١)

٥١ — **الفقه الاهلى : ١ — المجلات** : بعد انشاء المحاكم الاهلية أخذت المجلات القانونية تظهر ناشرة للاحكام ومعلقة عليها وناشرة لبعض الابحاث القانونية، منها الحقوق سنة ١٨٨٦ ، والاحكام سنة ١٨٨٨ ، والمحاكم سنة ١٨٩٠ ، والشرائع ١٨٩٣ لطلبة مدرسة الحقوق ، والقضاء سنة ١٨٩٤ ، والمجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية سنة١٨٩٩ ، والاستقلال سنة ١٩٠٢ ، وميزان الاعتدال سنة ١٩٠٣ ومصر العصرية(٢) سنة ١٩١٠، والشرائع سنة ١٩١٣ ، والمحاماة سنة ١٩٢٠ والقليل النادر جداً منها ما يخدم الفقه خدمة صحيحة

٢ . **ـ الكتب والرسائل** : لم يكن نصيب الفقه من الكتب والرسائل عظيما ولعل السبب فى ذلك تعليم القانون باللغة الاجنبية : أما وقد أصبح التعليم باللغة العربية فالامل عظيم فى ظهور كتب عدة فى القانون

على أن القانونيين لم يألوا جهداً برغم ذلك من وضع كتب عربية كثيرة . وقد مرت الحركة الفقهية هذه باربعة ادوار : الدور الاول من سنة ١٨٨٥ ـ ١٨٩٢ . وكان التأليف فيه ضعيفاً لقرب عهد انشاء المحاكم الاهلية . والدور الثانى من سنة ١٨٩٢ — ١٩٠٣ ونسميه بدور الخصب العلمى وغزارة التأليف اذ نشطت فيه الحركة الفقهية أكثر من قبل، ووضع كتاب المحاماة لفتحى زغلول باشا ـ

والدور الثالث من سنة ١٩٠٣ — ١٩١٤ واخذ فيه الفقة نهضة عظيمة ووضعت فيه كتب للفقه . وظهرت فيه مؤلفات « جرانمولان » (٣) و « دى هلس » (٤) وشرح المدنى لفتحى زغلول باشا، والمرافعات للدكتور أبوهيف بك، وغير ذلك من

---

(١) وهى Recueil officiel des arrêts de la Cour d'appel mixte — Bulletin de législation et de Jurisprudence égyptiennes — Trois Tables décennales de ce Bulletin — Gazette des tribunaux Mixtes d'Egypte — Borelli Bey, codes annotés — Pupikofer, code de commerce annoté — Lantz, répertoire

(٢) L'Egypte Contemporaine

(٣) Grandmoulin

(٤) De Hults

الكتب الدراسية فى الشريعة والعقوبات .

والدور الرابع من سنة ١٩١٤ للآن . وقد تفوق فيه الفقه على ما تقدمه من الادوار الاخرى بكتب قيمة باللغة العربية والفرنسية والامل عظيم جدا فى ان تنشط حركة التأليف بعد هذه الخطوة فى سبيل التعليم باللغة العربية

٥٢ — **الفقه الشرعى** : كتب الفقة عديدة فى الشريعة الاسلاميــة وهى لا تزال مجهولة عند أهل النهضة الحاضرة . واحسن علاج لتقريبها اليها جمعها وايجازها بنفس الطريقة التى استخدمها « جوستنيان » [١] امبراطـور الرومان فى وضع الموسوعات الرومانية [٢] اذ قضت لجنة مكونة من ستة عشر عالما ثلاث سنوات فى تلخيص اكثر من الفى مجلد تربو صحفها على ثلاثة ملايين سطر منسوبة الى تسعة وثلاثين عالماً فاوجزوها فى مائة وخمسين الف سطر ظهرت فى سبع مجلدات فاصبح من السهل الوقوف على هذه الحركة الفقهية القانونية عند الرومان في زمن وجيز

ولقد كان فى الاخذ بالمذاهب الاربعة فى الشريعة الاسلامية اثر من الاضطراب لدى الناس فى مصائرهم الشخصية والمالية ، ولذا اقتصر على مذهب أبى حنيفة دون المذاهب الاخرى ، وتقرر فى سنة ١٨٨٠ الاخذ بالارجح من الاقوال فيه ، ولا زال الشارع يعالج هذه الامور بما يتفق مع الشرع والظروف الحاضرة ، وآخر العهد به قانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ الخاص بالنفقه والعدة والطلاق فيهما والمفقود والتفريق بالعيب والقانون نمرة ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الخاص بسن الزواج [٣]

٢ — القضاء

٥٩ ـ القضاء هو المصدر الثانى من المصادر التفسيرية بعد الفقه . وهو يشبه العادة من بعض وجوه الشبه بين الاثنين وسموه بقانون العادة [٤] ويراد بالقضاء [٥] المذاهب القانونية التى تقررها المحاكم فى أحكامها تفسيراً للقانون ورفعاً لابهامه وغموضه وسداً للنقص الموجود فيه حتى يلتئم القانون فى مرونته مع الحاجات الجديدة التى تحصل عقب التطورات الاجتماعية . ولا يستقر المذهب القانونى القضائى على حال

---

(١) Justinien (٢) Pandectes او Digeste (٣) راجع فيه كتاب القانون الدولى الخاص للدكتور ابو هيف بك بند ٣٦٢ ص ٤٣٦ (٤) droit coutumier (٥) jurisprudence

واحدة الا بعد تردد بين الاحكام وتمحيص ودرس متعاقبين . ومع استقراره فهو غير ملزم للمحاكم بل لها ان تعدل عنه أو لا تأخذ به . وهـذا على خلاف ما هو معروف عن القضاء الانكليزى [١] . ولـكن جرت العادة فى أغلب الاحيان على انه اذا استقر المذهب القضائى فى مسئلة من المسائل القانونية فلا تجرى المحاكم على مايخالفه لامن طريق الالزام بل من طريق الرجوع اليه اختيارياً . أى ان المذهب يوحى [٢] ولا يربط [٣] كما يحصل ذلك فى شأن قضاء النقض والابرام الجنائى وقضاء الدوائر المجتمعة مختلطة وأهلية

وقد عمل القضاء أحياناً على مبدأ جديد لم يقل به القـانون نفسه كما فعل القضاء الفرنسي فى شأن عدم قابلية « الدوط فى المنقولات » للتصرف فيها [٤] اذ قرره مع انه لم يرد عنه نص فى القانون الفرنسى الا فيما يتعلق بالعقارات فقط . بل فعل القضـاء الفرنسى أكثر من ذلك فى موضوع التعاقد للغـير اذ قرر قانون نابليون بالمادة ١١١٩ « انه لا يجوز للانسان بوجه عام ان يلتزم بشىء [٥] أو يتعاقد بنفسـه عن شىء [٦] الا اذا كان عن نفسه خاصة [٧] . » وقرر ما يؤيد ذلك بالمادة ١١٢١ وكلاهما يقضى بانه لايجوز التعاقد عن الغير [٨]، هذه القاعدة قاعدة ـ عدم جواز التعاقد عن الغير ـ [٩] قاعدة عامة قد أقرها الشارع الفرنسى وهى القاعدة الشهيرة الخاصة بالتأمين على الحياة [١٠] ولو كان واضعو قانون نابليون يعلمون انها تتعلق بالتأمين على الحياة لقرروا فوق ما تقدم الحظر على التأمين على الحياة . هـذه حالة القانون فى هذا الموضوع

٥٤ ـ أما القضاء الفرنسى فانه قد عمل فى ابحاثه القانونية على عكس ما قررته المادة ١١١٩ وعمل على هدمها رأساً على عقب وشيّد فوق انقاضها نظرية أخرى بأركان وقواعد عامة انتهت فى مجموعها « بحرية التعاقد للغـير » على نقيض ماقرره قانون نابليون وهو « حظر حرية التعاقد » ولمـا جاء الشارع المصرى سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ قرر بالمواد ١٣٧ / ١٩٨ مدنى و١٤١ / ٢٠٢ مدنى ما يؤيد نظرية

---

(١) Case law أى Droit jurisprudentiel anglais (٢) inspire (٣) lier
(٤) inaliénabilité de la dot mobilière (٥) s'engager (٦) Stipuler (٧) soi-même
(٨) stipuler pour autrui (٩) théorie de la stipulation pour autrui (١٠) assurances sur la vie

قانون نابوليون فى حظر التعاقد عن الغير . ولكن عمل القضاء ان الاهلى والمختلط (وعلى الاخص القضاء المختلط نظراً لشيوع نظرية « المصلحة المختلطة » فيه) على نقيض هذا الحظر وحذا حذو القضاء الفرنسى فى تقرير صحة الاخذ بالتأمين على الحياة

٥٥ — هذا وقد اختلف رجال الفقه فى شأن مايؤديه القضاء من خدمة العلوم القانونية خدمة مستمرة فى تقرير المذاهب القانونية وبطريقة سهلة غير معقدة وهذا على خلاف ما تقرره المجالس التشريعية ببطء وتعقيد وانصرافها الى مايهم الانتخابات العامة . وقال المعارضون للمحبذين إن المجالس التشريعية نشطت الآن من عقالها وانطلقت فى سبيل التشريع بسهولة وبغير بطء وأخذت فى طريق الاقلاع عن المبادىء العتيقة، والأخذ بالجديد المناسب للتطور الاجتماعى ، والدليل عليه كثرة القوانين المسنونة الآن ، وفوق ذلك فان القضاء لا يستطيع تقرير المذاهب القانونية من طريق الاستقرار والبقاء على الدوام. بل مهمته مقصورة على فحص النصوص الموجودة، [١] والتحايل على تفسيرها والعمل على مخالفتها أحياناً، وعلى ذلك يكون الرقى القانونى من طريق القضاء رقياً معطلا بطيئاً يشوبه التردد فى تقرير مذاهبه فى كل آن . والقضاء على هذه الحال لا يصح أن يكون أداة كاملة لضمان الرقى الصحيح الخالى عن الشوائب مهما عالجه رجال القانون وهم جماعة المعلقين على الاحكام [٢] مما يكتبونه من آيات النقد الدقيق وما يظهرونه له من مواطن النقص والتناقض

وهذا الخلاف بين المحبذين والمعارضين هو نتيجة الخلاف بين أئمة القانون فيما يتعلق باعادة النظر فى قانون نابليون وتهذيبه وتنقيحه أو اعادة وضعه من جديد أو ترك أمر معالجته الى القضاء بما يقرره هذا الأخير من المذاهب القانونيه [٣] وقد بينا ذلك فى مكانه

وللقضاء الفرنسى مجلات تنشر أحكامه ويتناولها المعلقون بالنقد وفيها ابحاث دقيقة تمهد السبيل لوضع المؤلفات ولفت نظر القضاء الى تصحيح أو تقوية مبادئه ولفت نظر الشارع الى سن القوانين اذا مست الحاجة .

---

(١) textes positifs (٢) les arrêtistes أو les annotateurs (٣) كابتان ص ٣٤–٤١. بلانيول ص ٤٤ — ٤٦ ن ١٢٢ — ١٢٦

٥٦ ـ نظام القضاء : لنظام القضاء صلة فى تقرير مذاهبه. والاصول النظاميه المعروفة الآن هى .

القضاء بمصر درجتان ابتدائية واستئنافية [١] ومحاكمه نوعان : محاكم عادية [٢] ومحاكم استثنائية . وبجانب المحاكم ، النيابة العمومية [٣] ، التى تمثل المصلحة العامة ولها رأى فى القضاء المدنى المختلط دون الاهلى . وعلى القاضى أن يحكم [٤] واذا امتنع عن الحكم أو خذ جنائياً أو خوصم مدنياً (المواد ٦٥٤—٦٦٧ / ٧٤٦ — ٧٥٩ مرافعات) [٥] ولا يجوز للقاضى أن يقرر حكمه بطريقة تشريعية (المادة ٥ فرنسى) تفادياً من عدم المساس بنظرية فصل السلطات [٦] وتحذيراً من الوقوع فيما كان عليه الماضى

وليس بمصر قضاء للنقض المدنى . والغرض من محكمة النقض هو التفسير القانونى القضائى المحض [٧] لا التفسير التشريعى [٨] ولا التفسير الادارى [٩] اللذان كانا معروفين بفرنسا قبل سنة ١٨٣٧ .

وقد عمل الشارع المصرى الآن على تمهيد انشاء النقض بمصر وذلك بان أنشأ فى سنة ٩٠٦ الدوائر المجتمعة بمحكمة الاستئناف المختلطة ، وفى سنة ١٩٢١ بمحكمة الاستئناف الاهلية . وان كان رأيها غير الزامى فهو على كل حال لا يخرج عن رأى محكمة النقض لان رأيها غير الزامى أيضاً ، ولان من الاصول القانونية أن القضاء لا يشرع ، على عكس ما كانت تطلبه الحكومة المصرية فى سنة ١٩٠٥ الى الدول الاجنبية فى جعل آراء الدوائر المجتمعة الزامية بالنسبة للمحاكم الاخرى وهو لم يقبل طبعاً . ولكن صيغة الالزام ان رفعت من هذه الآراء فانها لا تعدم سلطانها الادبى والعلمى على المحاكم الاخرى (ن ٢٨ و٢٩ و٣٩)

---

(١) double degré de juridiction (٢) de droit commun (٣) Ministère public (٤) Parquet (٥) obligation de juger prise à partie أو راجع فى هذه المسائل كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ٩٢ وما بعده و١٩٢ و٣٣٥ وما بعده وكتاب طرق التنفيذ والتحفظ بند ١٣٤٩ وما بعده (٦) Séparation des pouvoirs (٧) interprétation judiciaire (٨) interprétation législative (٩) interprétation administrative

فى الالتزامات

فى الالتزامات

رجعنا فى تقسيمنا النظرية العامة للالتزامات الى مصادرها وهى مصدران، مصدر تعاقدى وهو الخاص بالعقود . ومصدر غير تعاقدى وهو اثنان : نظرية الاثراء بلا سبب ، ونظرية المسئولية . ونرى البدء أولا بالعقود ، ثم نتبعها المصدرين الآخرين .

المصادر التعاقدية

للالتزامات

العقود

تمهيد عام

لنظرية العقود

الالتزام من حيث هو

٥٧ ـ الالتزامات [١] أو حقوق الدائنية [٢] أو كما يسميها البعض الحقوق الشخصية [٣] هي ثانى الحقوق المالية [٤] بعد الحقوق العينية [٥]

والالتزام هو ضرورة قانونيـة [٦] يترتب عليها أن شخصاً يلتزم أمام شخص آخر بعمل شيء [٧] ايجابى أو سلبى أى عمل مادى [٨] أو الامتناع عن عمل [٩] أو هو كما قررت المادة ١٤٤/٩٠ مدنى : « التعهد هو ارتباط قانونى [١٠] الغرض منه حصول منفعة لشخص بالزام المتعهد بعـمل شيء معين أو بامتناعه عنه » (راجع المادة ١١٠١ مدنى فرنسى)

ومادة الالتزامات واسعة الأطراف تتمشى على جميع الأعمال القانونية الخاصة بالافراد . وأكبر مظهر لها العقود [١١] وهى الاداة التى يرجع اليهـا فى اكتساب الحقوق العينية (المادة ١٤٥/٩١ مدنى و ١١٣٨ فرنسى

(١) وقال عنها تارد [١٢] « بأن لنظرية الالتزامات فى مجال القضاء نفس الدور الذى تمثله نظرية القيمة والقدر [١٣] فى مجال علم الاقتصاد السياسى « أى ان كلا منها يعتبر مركزاً عاماً تتلاقى فيه أمهات الأصول الرئيسية العامة »

وقد غلا بعض المفسرين وأرادا لحاق الحقوق العينية بالالتزامات وإدماجها فيها [١٤] وقالوا فى ذلك بأن الحق العينى لم يخرج عن كونه التزاماً يقوم به جميع الافراد نحو صاحبه فى ترك هذا الأخير يتمتع وينتفع بحقه . ولـكن هذا غير صحيح ، لأن هناك فروقاً هامة بين الحق العينى [١٥] وحق الدائنية [١٦] ، ذلك لأن حقوق الدائنية حقوق

---

(١) obligations (٢) droits de créance (٣) droits personnels (٤) droits patrimoniaux (٥) droits réels (٦) nécessité juridique (٧) prestation (٨) fait (٩) abstention (١٠) lien de droit (١١) contrats (١٢) (انظر كتاب تارد فى تطور الحق ص ١٢٥ Tarde, Transformation du droit (١٣) valeur (١٤) دموج فى الالتزامات ج ان ٥ ص٨ وما بعدها (١٥) droit réel (١٦) droit de créance

نسبية [١] تربط شخصين معينين ويرى أحدهما أن حريته مقيدة قبل الآخر وأن لهذا الآخر سلطانا عليه، والحق العينى غير ذلك، فانه حق مطلق [٢]، وهو حق لا ينحصر فى ربط شخصين معينين، بل هو امتياز لدى صاحبه، كحق الملكية، ينصب على شىء معين يستغله وينتفع به بقدر ما أعد له هذا الشىء. والحق العينى خالد دائم [٣] وهو يدوم بدوام الشىء الذى ينصب عليه الحق، وينتقل من شخص الى آخر دون أن يزول من عالم الوجود. واما حق الدائنية فهو بأصله وطبيعته حق مؤقت [٤] بين شخصين وهو قابل للزوال بسبب من الاسباب القانونية كالوفاء [٥] وفوق ما تقدم فان الالتزام اذا انصرف الى غير المعنى المعد له من قبل فان ذلك يفسد عليه معناه القانونى الصحيح لان الالتزام فى ذاته مظهر غير عادى [٦] بين الافراد باعتبار أن الاصل فيهم استقلال بعضهم قبل البعض الآخر فالالتزام وارد عليهم أى هو حالة استثنائية للحالة العامة لهم، أى هو استثناء للقانون العام [٧] وأما الحق العينى وهو احترام الافراد لصاحبه وعدم العمل على ما يعطل لديه مزية الانتفاع بحقه، فهو هذا المظهر العادى للحق العام، وهو الاساس الذى تستند اليه حياة الافراد. هذا والالتزامات على نوعين: نوع عام ونوع خاص. ونريد بالعام منها المبادىء القانونية العامة التى لا تتغير مطلقاً من عهد الرومان للآن. وهذه المبادىء لا تسرى فقط على الأحوال التى نص عليها القانون بل تسرى أيضاً على كل مايتولد عن الحياة الاجتماعية وما تتطور فيه من الأدوار المختلفة من مختلف العقود والمعاملات.

واما النوع الخاص فانه يتعلق بالاحاطة بالمبادىء الخاصة ببعض الاعمال القانونية وهى تلك الاعمال التى يكون من شأنها ربط الافراد بروابط قانونية خاصة (ن ٥٨). وهذا القسم فى حالة تطور مستمر. والسبب فى عدم استقراره على حال واحدة هو أنه نظراً للتغييرات الاقتصادية والسياسية يبطل العمل ببعض العقود، مثل عقود ترتيب المعاش طول الحياة، وعلى العكس من ذلك يكثر العمل بعقود اخرى نظراً لاهميتها فى عالم الحياة العملية، مثل عقد الشغل [٨] وعقد الاشتراك [٩] وعقد النقل [١٠] وقد تظهر

---

(١) droits relatifs (٢) droit absolu (٣) perpétuel (٤) temporaire (٥) paiement (٦) anormal (٧) droit commun (٨) contrat de travail (٩) contrat d'association (١٠) contrat de transport

عقود أخرى جديدة لم تكن معروفة من قبل مثل عقود التأمين على الحياة [١] وضد الحريق [٢] وضد الحوادث [٣] وتخضع هذه العقود الجديدة الى الاصول العامة للالتزامات

أما هذه المبادىء العامة فانها آلت لنا من القانون الرومانى باعتبار هذا القانون أصلا لما تفرعت عنه . نعم ولو أن الشعوب فى العصور الوسطى قد خالفت هذه المبادىء الى زمن ما ، واتبعت منهجاً آخر فى القانون، الا أن ذلك لم يلبث طويلا حتى عاد القانون الرومانى الى أصوله الأولى فى الغرب وظهرت نظرية الالتزامات بصورتها الأولى القديمة

على أنه يجب أن يلاحظ أن التطور فى الحياة العملية قد نجم عنه تطور فى القانون وذلك فيما يتعلق بقوة الارادة ونفاذها فى القانون . اذ من المقرر الآن ان العقود تتكون بين الأفراد بمجرد الاتفاق عليها ، أى بمجرد اتحاد الارادتين الايجاب والقبول (المادة ١١٣٤ فرنسى .) وهى روح التعاقد فى الوقت الحاضر ومن بديهياته ، وأصبح العقد شريعة المتعاقدين (ولم ينص القانون المصرى على هذه القاعدة ولكنها مفهومة بطبيعتها وبالأصول القانونية الأخرى المقررة به)

وكان الرومان على خلاف ذلك، اذ لا يكون للعقد عندهم قوة قانونية الا اذا كان مصحوباً بدعوى . وفى قانون جوستنيان كانت العقود العينية والعقود الشكلية أى الخاضعة للأوضاع الشكلية [٤] هى المصحوبة بدعوى. وألحق بها بعض عقود الرضا [٥] التى أقرها من زمن القانون المدنى الرومانى البحت [٦] وبعض الاتفاقات المجردة [٧] التى أقرها البريتور [٨] أو التى أقرتها بعض الأوامر الامبراطورية [٩] . ولا يكون العقد نافذاً بالقضاء عندهم الا اذا كان مفرغاً فى قالب التعاقد بأوضاع خاصة [١٠] أو كان قد نفذه أحد العاقدين .

أما الآن فقد أصبح التعاقد حراً من كل قيد الا فى الأحوال القليلة التى وردت على سبيل الاستثناء مثل الهبة وعقد الرهن التأمينى والحلول بالاتفاق فى المختلط [١١]

(١) assurances sur la vie (٢) contre l'incendie (٣) contre les accidents
(٤) contrats formalistes (٥) contrats consensuels (٦) droit civil (٧) pactes
(٨) préteur (٩) constitutions impériales (١٠) stipulation (١١) subrogation conventionnelle

وأصبحت الارادة فى القانون المدنى أى الرضاء محوراً تدور حوله المعاملات بين الأفراد . وللافراد السلطان المطلق فى تحديد قوة العقد وآثاره بينهم ولا يتدخل الشارع فى عقودهم الا من طريق تفسيرها لا من طريق الامر والنهى الا ما شذ فيما يتصل بالنظام العام والأخلاق.

فى النظرية العامة للأعمال القانونية (١)

كلمات عامة

٥٨ ـ يراد بالعمل القانونى (٢) الافصاح عن ارادة الافراد (٣) فيما يتفقون عليه وبما ينشأ عنه من الآثار والنتائج القانونية (٤) . ففيما يتعلق بالافصاح عن الارادة فى الاتفاق، يجب الرجوع فيه الى حرية التعاقد وإلى مايترتب عليها من الآثار الحتمية، ومن نتائج حرية التعاقد هذه، ربط المتعاقدين برباط يجعلهم ملتزمين قبل بعضهم البعض، فيصبح اتفاقهم الصحيح من الوجهة القانونية قانونهم فيما بينهم . وهذا ما قررته المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى، باعتباره قاعدة عامة يؤخذ بها فى كل شريعة للامم الحاضرة برغم عدم النص عليها فى القانون المصرى . وعلى ذلك يمكن اعتبار العمل القانونى مصدراً هو الآخر للحق . ويرجع فى تكييف العمل القانونى وتعيين خواصه الى الأصول المقررة بالقانون . كل ذلك فى منطقة القانون الخاص وحدوده (٥) أى القانون الاقتصادى (٦) والقانون المتعلق بالمال (٧) وقد يكون للافصاح عن الارادة أيضاً أثر قانونى هام فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، أى حقوق الأسرة (٨) مثل الاقرار بالبنوة أو الأبوة ، وهذا الافصاح فى الارادة يخضع إلى قيود قانونية تقررها الشريعة الاسلامية أو الشرائع الأخرى الخاصة بالطوائف المختلفة

وقد لوحظ على القانون المصرى كما لوحظ أيضاً على القانون الفرنسى انه لم يفرد قسما خاصاً منه لنظرية الأعمال القانونية كما فعل القانون الألمانى، بل أتى كلاهما على شتات هذه النظرية فى مواطن مختلفة من نظرية العقود (٩) باعتبار أن العقود هى أظهر مظاهر الاعمال القانونية وأكثرها شيوعا

---

(١) راجع دموج ج ١ ص ١٠٥ ـ ١٧١ ن ٤٠ ـ ٨٨ فيما يتعلق بتعاقد الانسان مع نفسه

(٢) acte juridique (٣) manifestation de la volonté (٤) effets juridiques

(٥) Droit privé (٦) droit économique (٧) droit patrimonial

(٨) droits de famille (٩) contrats

٥٩ ـ **فى العمل القانونى والفعل القانونى** : يجب التفرقة بين العمل القانونى المحض، والفعل المادى القانونى المحض، فالعمل القانونى المحض [١] هو العمل القانونى الذى تقرر بارادة المتعاقدين [٢] وبنية [٣] تقرير أو تعديل أو انقضاء حقوق معينة. مثلاً العقود على اختلاف أنواعها، وهى أهمها باعتبارها مناط الحياة العلمية وقوامها ولذلك تعتبر أنها هى المجال الذى يتجلى فيه القانون الاقتصادى أو القانون الخاص بالمال. ويتولى القانون المدنى بيان قواعدها وأصولها سواء صرح المتعاقدون بنتائج العقد بالعقد أو تركوا ذلك للقانون فيما قرره هو بنصوصه التقريرية أو التكميلية [٤] وفى هذه الحالة تسمى العقود بالعقود المفترضة [٥]

٦٠ ـ وكلمة عقد [٦] تنصرف اما الى الكتابة بالذات [٧] الدالة على التعاقد القانونى [٨]. وإما ان تنصرف كلمة عقد [٩] الى نفس التعاقد القانونى الذى يرمى الى تقرير الحقوق أو تعديلها أو انقضاءها.

٦١ ـ هذا فيما يتعلق بالعمل القانونى المحض. وأما الفعل المادى القانونى [١٠] فهو الأمر الذى يقع دون أن تكون هناك إرادة أو نية فى وقوعه على هذا الاعتبار ويكون من شأنه أيضاً تقرير أو تعديل أو انقضاء الحق. وهو على نوعين

أولا : الامر القانونى الخارج عن ارادة الانسان : وهو عبارة عن الحوادث الطبيعية أو العرضية التى تترتب عليها نتائج قانونية مثل الولادة وهى الحادثة الطبيعية التى ينشأ عنها البدء فى ظهور الشخصية للانسان، أى أهليته لان يكون من حملة الحقوق. والوفاة وهى التى تنتهى معها شخصية الانسان وينتقل فيها المال الى الورثة. والصغر [١١] والقرابة ومضى بعض مدة من الزمن، أى التقادم المكسب

---

(١) acte juridique proprement dit (٢) volonté (٣) intention (٤) dispositions supplétives أو disp. déclaratives (٥) contrats supposés (٦) acte (٧) écrit (٨) opération juridique (٩) ويسميها الرومان instrumentum ومنها العقد الكتابى acte instrumentaire ومنها اشتقت كلمة instrumenter بمعنى حرر العقد والافضل استعمال كلمة titre للدلالة على العقد الكتابى حذراً من هذا الخلط الذى وقع فيه الشارع. ـ كابتان ج ١ ص ١٦ (١٠) fait juridique (١١) minorité

أو مضى المدة الموجب [1] والتقادم المسقط أو مضى المدة السالب [2] والمجاورة فى العقارات [3]

ثانياً : العمل المادى الناشىء عن فعل الانسان دون أن تكون لدى صاحبه نية احداث النتائج القانونية المترتبة عليه ومع ذلك فانه يتحمل مسئولية هذه النتائج بما يتولد عنها من حق الدائنية [4] مثل الجنح [5] وأشباه الجنح [6] أى الاعمال غير المشروعة [7] أو الاعمال التقصيرية [8] نسبة الى التقصير [9]

٢ — حرية الارادة فى الاعمال القانونية

٦٢ ـ الاصل ان للمتعاقدين الحرية التامة فى انشاء العمل القانونى المحض ، وفى ترتيب نتائجه القانونية فى مجال القانون الاقتصادى، أو القانون الخاص بالمال . وهذا ما يسمى بحرية التعاقد [10] ويحد هذه الحرية ما حظره القانون بنص . وعلى ذلك تتقرر القاعدة الآتية : « كل شيء لم يكن محظوراً فهو مباح [11] » وهـذا معنى ما قررته المادة ١١٤١ فرنسى فقرة أولى حيث قالت : « الاتفاقات المعقودة طبقاً للقانون تعتبر بمثابة قانون بالنسبة لمن تعاقدوا عليها » أو العقد قانون المتعاقدين .

ولكن يحد حرية التعاقد هذه، النظام العام والآداب وهو ماقررته المادة ٢٨ فقرة ثانية من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية حيث قالت : « وكل اتفاق خصوصى مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العمومى والآداب باطل لايعمل به . » وهذا هو نفس ماقررته المادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى

٦٣ — الآداب : يراد بالآداب العوائد الحسنة [12] أى الاخلاق [13] فاذا ورد بالعقود مايخالفها أصبح باطلا بحكم القانون، أى ان حرية التعاقد لا أثر لها فى هذه الحالة . وقد قرر القانون هذه القاعدة أيضاً فى بعض مواده (المواد ٩٤ / ١٤٨ مدنى و ١١٣٣ فرنسى فيما يتعلق بالسبب فى العقود والمادة ١١٧٢ فرنسى فيما يتعلق بالشرط . والمادة

---

(1) prescription acquisitive (2) prescription extinctive (3) continuité (4) droit de créance (5) délits (6) quasi-délits (7) actes illicites (8) actes fautifs (9) faute (10) liberté des conventions (11) tout ce qui n'est pas défendu est permis (12) bonnes moeurs (13) morale

٤٠٢ / ٤٩٠ مدنى و ١٧٨٠ فرنسى بضرورة تعيين الزمن فى ايجار الاشخاص)

٦٤ — **النظام العام** . يراد بالنظام العام [1] كل ما له مساس بروح النظام العام التى تسير عليه الحكومة العامة للبلاد ، فالقوانين النظامية العامة [2] متعلقة بالنظام العام ، كقانون العقوبات . وهناك مسائل عدة فى التشريعات المدنية لها مساس بالنظام العام لانها تتعلق بالأمن العام [3] والأداب العامة [4] وبضرورة إحكام روابط السلم والتعامل الاقتصادى بين الأفراد . فاذا مس العقد هذه المسائل على إختلاف أنواعها بطل أثر العقد فى هذا الشأن لأن هذه المسائل يجب أن لاتمس [5]

ومن المسائل الخاصة بالنظام العام والتى لايصح التعاقد على ما يخالفها ، المسائل المتعلقه بالاسرة ونظامها ، كشروط الزواج وفسخه ، وحقوق وواجبات الزوجين والأقارب ووسائل إثبات النسب . انما يصح الاتفاق على المسائل المالية المحضة منها [6]

٦٥ — ومن المسائل المتعلقة بالقانون الاقتصادى أو القانون الخاص بالمال النصوص الواردة بالقانون فيما يتعلق بنظام نقل الملكية العقارية والمنقولة فيما يتعلق بالأفراد والغير وطرق العلانية [7]

فلا يجوز للأفراد حينئذ مخالفة النص المذكور والعمل على مايخالف نظام اشهار

---

(١) Ordre public (٢) Droit public (٣) sécurité (٤) moralité

(٥) intangible (٦) كابتان ص ٦٣ — بلانيول ج ١ ص ١٠٧ ن ٢٩٢ راجع موضوع النظام العام على العموم والنظام العام الدولى بكتاب القانون الدولى الخاص للدكتور ابو هيف بك بند ٢٤٩ و ٢٧٤

(٧) أنظر المادة الاولى من قانونى التسجيل الصادرين فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقمى ١٨ و ١٩ أهلى ومختلط وهى على جانب عظيم من الأهمية لمخالفتها للنصوص القانونيه التى كانت مقررة من قبل مخالفة هادمة لبعض الأصول القانونية البحتة . ونص هذه المادة هو « جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض والتى من شأنها انشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو تغييره أو زواله ، وكذلك الاحكام النهائية التى يترتب عليها شيء من ذلك ، يجب اشهارها بواسطة تسجيلها فى قلم كتاب المحكمه الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار ، أو فى المحكمة الشرعية ، وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن فى مواد الامتياز والرهن العقارى والاختصاصات العقارية . — ويترتب على عدم الاشهار أن الحقوق المشار اليها لاتنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . — ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين . — وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الاخرى بمجرد الايجاب والقبول بين المتعاقدين » اهـ

الملكية واعلانها بالنسبة للغير أو بالنسبة للمتعاقدين أيضاً ، باعتبار أن هذا النص هو من النصوص الإلزامية المقيدة لحرية التعاقد .

ومما يتعلق بالنظام العام بعض المسائل الخاصة التى تتصل بالمصلحة الشخصية للفرد وهى مسائل الحماية[١] . ويراد بها المسائل التى يقررها القانون للقاصر والسفيه والمعتوه . فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها والا فات الغرض المقصود منها .

٦٦ — وقد يلمح الشارع أحياناً وجود فرق عظيم بين المتعاقدين فيما يتصل بحرية التعاقد نظراً لما يكونان عليه من التفاوت فى المال والمركز الاجتماعي ، أونظراً للحاجة الصارخة التى يكون عليها أحد العاقدين دون الآخر ، كما فعل الشارع المصرى بالقانون الصادر فى أول مارس سنة **١٩١٣** رقم ٤ الخاص بعدم جواز توقيع الحجز على الاملاك الزراعية الصغيرة ، اذ قرر بالمادة الاولى منه بالفقرة الثالثة الحظر على المدين من التنازل عن حقه لغاية وقت صدور حكم نزع الملكية ، وكما يستفاد أيضاً من نصوص قيد ايجار المساكن وقانون تنقيص إيجار الأراضي الزراعية وكما فعل الشارع الفرنسى بقانون ٩ ابريل سنة ١٨٩٨ الخاص بحوادث العمل [٢]

٦٧ — ***فى أنواع الاعمال القانونية*** : الاعمال القانونية على أنواع كثيرة أهمها ما يأتى :

١) العمل التبادلى [٣] وهو الذى تتلاقى فيه ارادتا العاقدين ويسمى أيضاً بالاتفاق [٤] . والاتفاق حينئذ هو التراضى [٥] الحاصل بين شخصين أوجملة أشخاص ويراد به انشاء [٦] أو نقل [٧] أوانقضاء [٨] حق مالى [٩] كالبيع والايجار . أو يراد به انشاء حقوق عائلية كالزواج

وهناك فرق بين الاتفاق [١٠] والعقد [١١] إذ العقدهو نوع [١٢] خاص من الاتفاق ويراد به انشاء أو نقل حق ولا يراد به انقضاء حق . فالبيع عقد وعلى العكس من

---

(١) protection (٢) accidents de travail (٣) acte bilatéral (٤) convention
(٥) accord (٦) création (٧) transmission (٨) extinction (٩) droit patrimonial
(١٠) convention (١١) contrat (١٢) espèce

ذلك الوفاء [١] وهو العمل [٢] الحاصل من للدين فى سبيل تنفيذ التزامه ، إذ يعتبر اتفاقاً وعلى ذلك يعتبر الاتفاق جنساً [٣] والعقد نوعاً [٤] (انظر ص ٨٣ ن ٨٦ من كتابنا هذا)

٢) العمل القانونى ذو الطرف الواحد [٥] وهو ما صدر من ارادة واحدة لشخص واحد كالوصية والتنازل عن حق واخراج الساكن أو رفت العامل [٦] واحتلال أرض لا مالك لها والاقرار بالابوة

٣) العمل بعوض [٧] وهو ما يتبادل فيه طرفاه منفعة متبادلة [٨] أى يعطى أحدهما شيئاً مقابل ما يعطيه الآخر [٩] كالبيع والايجار

٤) عمل بغير عوض أو بلا مقابل [١٠] وهو ما استفاد منه أحد العاقدين دون أن يكون ملزماً بدفع مقابل له [١١] كالهبة [١٢] والوصية [١٣] والقرض بلا فائدة . والملتزم فيه مدفوع بنية التبرع [١٤] كالواهب أو بنية أداء خدمة للغير وكالمقرض بلا فائدة

٥) العمل بين الاحياء [١٥] وهو اتفاق كالبيع والهبة سواء أكان من طرفين أم من طرف واحد

٦) العمل المضاف الى مابعد الموت [١٦] وهو ما يراد به نقل الاموال بعد الوفاة ولا يقع أثره إلا بعد وفاة صاحبه وهو الموصى [١٧] ولذا يجوز له فى حياته تعديله أو الغاؤه [١٨] كالوصية

٣) فى شروط وصحة الاعمال القانونية

أثر الارادة فى الاعمال القانونية

١) يراد بوجود العمل القانونى [١٩] ما يلزم له ، لانشائه واخراجه من عالم العدم الى عالم الحقيقة . ويراد بصحة العمل [٢٠] ما هو فى حاجة اليه ليكون صحيحاً فى ذاته بعد

congé (٦) acte unilatéral (٥) espèce (٤) genre (٣) acte (٢) paiement (١)
acte (١٠) donnant donnant (٩) équivalent (٨) acte à titre onéreux (٧)
in- (١٤) testament (١٣) donation (١٢) équivale (١١) à titre gratuit
acte de او acte à cause de mort (١٦) acte entre vifs (١٥) intention libérale
existence (١٩) révocation (١٨) disposant (١٧) dernière volonté
validité (٢٠)

خلقه وتكوينه . والشروط وجوداً وصحة مسائل عدة نقصر البحث فيها هنا على بعضها . والبعض الاخر نرجىء فيه القول الى العقود . ونرى التكلم على الارادة فى العمل القانونى والاهلية فيه

٢ ـ الارادة [١] فى العمل القانونى هى الركن الاساسى له[٢] اذ بدونها لاينعقد العقد ، سواء كانت الارادة واحدة فى عقد ذى طرف واحد أو متعددة فى عقد تبادلى. والاتحاد فى الارادة يسمى بالرضاء[٣] أو الايجاب والقبول من طرفيه، والرضاء باعتباره عملا نفسانياً داخلياً لا يكفى وحده فى انشاء العقد . بل لا بد للارادة ان تتجسم خارجياً وذلك بالافصاح عنها [٤] بطريقة تنم عن وجودها . والافصاح هذا اما صريح [٥] وثابت شفويا أو بالكتابة واما ضمنى [٦] اذا استنتج من العمل الذى يقوم به صاحبه بطريقة تدل على رضائه بالعقد ، كالوكالة الضمنية (المادة ٥١٢/٦٢٥، فقرة ثانية مدنى و١٩٨٥ فرنسى) وتجديد عقد الايجار [٧] (المادة ٣٨٦/٤٧١ مدنى و ١٧٣٨ و ١٧٥٩ فرنسى)

٧٠ — فى طريقة الافصاح عن الارادة : للافصاح عن الارادة طريقان : طريقة حرة وطريقة مقيدة . ويراد بالطريقة الحرة ان العمل القانونى يتكون صحيحاً بمجرد الافصاح عن الارادة بأى طريقة كانت ودون الخضوع لاى قيد ما . وحرية الافصاح هذه هى القاعدة الاصلية فى الشرائع الحاضرة . وأما الطريقة المقيدة وهى الطريقة المعروفة بالاوضاع الشكلية [٨] فهى الطريقة التى لا ينعقد فيها العقد انعقاداً قانونياً ولا يوجد وجوداً قانونياً الا اذا توافرت شروط وضعية وقيود شكلية حتمها القانون لانشائه ، وبدونها لا ينعقد العقد ولا يحدث له أثر قانونى مهما كان العاقدان على رضاء تام به . وكانت هذه الطريقة شائعة عند الشعوب السابقة وعند الرومان وهى وان كانت وليدة لتطورات اجتماعية حتمية مرت بها الشعوب فى أدوار طفولتها الاولى الا ان لها بعض المزايا الحقة فى انها لا تجعل لامر الارادة فى التعاقد محلاً للشك بل هى تطبع العقد بطابع لا يستطيع معه الافلات من قوة أثره وصحته

(١) volonté (٢) élément essentiel (٣) consentement (٤) déclaration
(٥) expresse (٦) tacite (٧) tacite reconduction (٨) formalisme

كما تطبع الحكومة العملة اثباتاً لصحتها، وكما لاحظ ذلك بحق المشترع الالمانى «اهرنج[١]» وكان لهذه الطريقة أثر ظاهر ذو فائدة خاصة فى الوقت الذى لم تكن فيه ميزة القراءة والكتابة منتشرة انتشارها فى الوقت الحاضر . ومن النتائج المباشرة لهذه الطريقة هى العلانية واشهار المعاملات بين الناس ليعلم بها الغير . ولكن لما تقدمت الشعوب فى المدنية وراجت حركة التعامل المدنى والتجارى ساقتها طبيعة العمران والحياة الاجتماعية الجديدة الى التحرر من قيود أصبحت معطلة لها فقضى عليها وأخذ بالطريقة الحرة[٢].

على انه مع الاخذ بطريقة حرية الافصاح عن الارادة فان الشارع لمح فى شئون الحياة الاجتماعية أحوالاً تدعو الى اليقظة والالتفاف والى ضرورة أخذ الحيطة فى سبيل الدفاع عن بعض الحقوق وعن أصحابها . وكان الدافع له اما حماية بعض الاشخاص من تهورهم الفجائى . أو حماية الغير وهم غير المتعاقدين ، أو الفات نظر الافراد الى أهمية ما يتعاقدون عليه فينصحهم باتباع قيود ضماناً لحقوقهم. لذا اختط الشارع خطتين تبعاً للدافع الذى يدفعه . فهو تارة يدلى بالالزام وطوراً يدلى بالنصح

٧١ — ١) فى الالزام : يرى الشارع فى بعض الاحيان اندفاعاً من بعض الافراد وتهوراً منهم فى تقرير حقوق للغير على أملاكهم بلا مقابل . هذا النوع من التعامل بلا مقابل هو أبغض الحقوق عند الشارع، كعقد الهبة مثلا . لذا قرر الشارع (المادة ٤٨ / ٧٠ مدنى و ٩٣١ فرنسى) ضرورة ان يكون العقد رسمياً[٣] أى عقداً خاضعاً لقيود شكلية [٤] . وقرر الشارع أيضاً رسمية بعض العقود لاهميتها فى أثرها على أموال الغير كعقد الرهن التأمينى [٥] (المادة ٥٥٧ / ٦٨١ مدنى و٢١٢٧ فرنسى) والوفاء من طريق الحلول برضاء الدائن عند دفع الدين اليه من قبل الغير (المادة ٢٢٥ / فقرة أولى مدنى مختلط، و١٢٥٠ فقرة ثانية مدنى فرنسى ، ولا مثيل لها بالقانون الاهلى) .

أما جزاء الالزام هذا [٦] فهو انه اذا لم تحصل رسمية العقد فلا ينعقد العقد ولا

(١) Ihering (٢) كابيتان ص ٦٦ وما بعدها ـ بلانيول ص ١٠٤ ن ٢٨٥ وما بعدها
(٣) authentique (٤) acte solennel (٥) hypothèque (٦) sanction

ينفذ رضاء المتعاقدين بأية حالة كانت . ويفهم من ذلك أن الرسمية نفسها هي المنشئة للعقد . وأن الايجاب والقبول هما بعض أركان انشائه ، لا كل الاركان ، وهذا يحكي الأوضاع الشكلية (١) التي كانت معروفة عند الرومان سواء بسواء .

وفي اشهار الملكية وجميع الحقوق العينية العقارية بالنسبة للغير يجب التسجيل . لأن التسجيل هو طريق العلانية الوحيد الذي يرجع اليه في الاحتجاج به على الغير حملة الحقوق العينية العقارية ، الا اذا كان الغير يعلم بالتصرف السابق فانه لا يجوز له أن يحتج بعدم التسجيل (المادة ٢٧٠ / ٣٤١ مدني) ولكن هل تستقيم هذه المادة مع المادة الأولى من قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقمي ١٨ و ١٩ أهلي ومختلط ، وهي التي تقرر أنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم ، وقد بين قانون التسجيل هذه المواد التي ألغاها بالمادة ١٦ منه ولم ترد المادة ٢٧٠ / ٣٤١ مدني ضمنها ؟ نرى أنه يجب في تفسير المادة ٢٧٠ المذكورة ربطها مع المادة ٢ من قانون التسجيل ، إذ قالت في هذه الأخيرة «فاذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا داخلها التدليس» (٢) وكانت الملكية تنتقل بين المتعاقدين بمجرد الاتفاق بلا حاجة الى التسجيل . ولا تنتقل بالنسبة للغير الا بالتسجيل . أما الآن وقد صدر قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ فهي لا تنتقل بين المتعاقدين أنفسهم الا بالتسجيل . فأصبح التسجيل ركناً أساسياً لصحة انتقال الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية (٣) أي أن الشكلية (٤) في نقل الحقوق العينية العقارية أصبحت أساساً لازماً له

ومما يلحق بالالزام فيعتبر شبيهاً له من بعض الوجوه أن القانون رأى أن يقيد عملية إثبات العقود العرفية بين الأفراد بقيود خاصة . نقرر بأن العقد الذي تربو قيمته على عشرة جنيهات لا يثبت على المدين الا اذا تحرر بالكتابة (المادة ٢١٥ / ٢٨٠ مدني و ١٣٨٤ فرنسي) أي الاثبات معقود بالسند الكتابي المثبت (٥) وليس معنى ذلك أن المدين اذا أقر بدينه لا يؤخذ باقراره . انما وضع هذا القيد في حالة الانكار

(١) formalisme (٢) fraude (٣) validité intrinsèque (٤) solennité
(٥) instrument probatoire

فقط فلا سبيل للدائن فى اثبات دينه الا بالدليل الكتابى .

٧٢ — فى النصح : لما رأى الشارع أن هناك عقوداً تتناول مسائل هامة تدعو فيها الضرورة الى زيادة العناية بفحص مواد العقود قرر جواز افراغها فى قلب رسمى وتحريرها عقدا رسمياً . وفوق ذلك فانه يترتب عليها بعض الامتيازات الخاصة بالاحكام فيما يتعلق بالتنفيذ . والطعن فيها وفيما يدخل ضمن اختصاص الموثق لا يكون الا من طريق الطعن بالتزوير فى الاوراق الرسمية كما سنبين ذلك فى مكانه بنظرية الاثبات .

٧٣ — عيوب الارادة : يراد بها عيوب الرضاء [١] أى الغلط [٢] والغش [٣] والاكراه [٤] والغبن [٥] ونرجىء القول فيها الى حين التكلم على نظرية العقود باعتبار العقود مصدراً من مصادر الالتزام

فى الاهلية القانونية

٧٤ — يراد بالاهلية القانونية [٦] الكفاءة الشرعية اللازمة لانشاء عمل قانونى أو هى الكفاءة [٧] اللازمة لاكتساب الحقوق [٨] واستغلالها [٩]

وهى على نوعين أهلية التمتع بالحق [١٠] أى أهلية وجوب، وهى أن يكون الانسان أهلا لأن يكون من حملة الحقوق المدنية [١١] . وأهلية استغلال الحق [١٢] أى أهلية أداء وهى قدرة الشخص على الانتفاع بحقوقه ونقلها للغير . وهذا ما أجملته المادة ١٢٩ / ١٨٩ مدنى اذ قالت : « قد تكون الاهلية مقيدة بانحصارها فى بعض الافعال وقد تكون مطلقة شاملة لكل الافعال » والامر فى تقرير أصول الاهلية وأحكامها يرجع الى الاحوال الشخصية الخاصة بكل فرد . وفى ذلك تقول المادة ١٣٠ / ١٩٠ مدنى ما يأتى : « الحكم فى الاهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد » [١٣]

---

(١) vices du consentement (٢) erreur (٣) dol (٤) contrainte (٥) lésion

(٦) capacité juridique — كابتان ص ٦٩ وما بعدها . — بلانيول ص ١٠٠ ن ٢٧١ وما بعدها

(٧) aptitude (٨) acquérir (٩) exercer (١٠) jouissance (١١) titulaire (١٢) exercice

(١٣) statut personnel راجع فى هذا الموضوع كتاب الدولى الخاص للدكتور ابو هيف بك بند ٣٥٩ وما بعده

١) **فى عدم أهلية التمتع** [١] . إن الاهلية فى التمتع بالحق أمر لازم للانسان فى حياته والاصل فيها انها عامة لجميع الافراد ولكل انسان الحق فى التمتع بحقوقه المدنية مهما كانت سنه أو نوعه أو حالته أو جنسيته . فاذا حرم من مزية أهلية التمتع اعتبر كانه خارج عن دائرة الانسان واصبح ملحقاً بطائفة الرقيق المعروفة فى العصور المنصرمة

ومن امثال عدم أهليه التمتع ما يأتى :- ١) فى الزواج . لا يصح الزواج الا فى سن معين . - ٢) اذا حكم على شخص بعقوبة جنائية فى جناية وجب الحجر عليه بتعيين قيم له أى يحرم من حق التمتع ببعض حقوقه المدنية فوق حرمانه من حق ادارة أمواله (المادة ٢٥ فقرة ٣ / ٤١ عقوبات)

فى عدم اهلية الاستغلال [٢] . يحصل أن يكون الشخص ذا أهلية فى التمتع بحقوقه ، ولكن يكون معدوم الاهلية من حيث استغلالها . اى يكون صاحب الحق وحاملا له ولكنه لا يستطيع التصرف فيه . ويسمى هذا الشخص عادة بعديم الاهلية أو بمفقود الاهلية [٣]

ولاجل أن يكون ذا أهلية فى استغلال حقوقه يجب ان يتوافر فيه ما يأتى : ١) يجب أن يكون مميزاً لما يعمله [٤] أى ان يكون اهلا لادراك مرمى أعماله . - ٢) يجب ان لا يكون مفقود الاهلية بحكم القانون

وعلى ذاك يكون عـدم أهلية الاستغلال على نوعين . اما أن يكون طبيعياً أو شرعياً

فالطبيعى [٥] ما يتعلق بالاشخاص الذين لا يدركون ما يعملونه مثل الاولاد الذين لم يبلغوا سن التمييز [٦] والمعتوهين والمجانين [٧] وهم تحت سلطان المرض ، وضعفاء العقول [٨] . هؤلاء الاشخاص محرومون من حق التعامل أيضاً تعاملا قانونياً [٩] فهم محرومون من حق الاستغلال المطلق بوجه عام

والشرعى [١٠] — ينشأ عن الاسباب الاتية : الصغر [١١] والحجر على المعتوهين

---

(١) incapacité de jouissance (٢) incapacité d'exercice (٣) incapable
(٤) discernement (٥) incapacité naturelle (٦) âge de raison (٧) aliénés
(٨) idiots (٩) commerce juridique (١٠) incapacité légale (١١) minorité

والمجانين [1] والحجر على المحكوم عليهم بعقوبة جنائية فى جناية . وعديم الاهلية هذه لا بد فيه من نص قانونى لان الأهلية هى الاصل وزوالها استثناء لأصلها . فالاصل فى الانسان أن يستغل حقوقه المدنية الا اذا أدرجه القانون فى طائفة عديمى الاهلية

فى الانابة القانونية [2]

٧٥ ـ الانابة [3] القانونية أو التوكيل فى الأعمال القانونية أو التوكيل فى العقود بمعنى واحد . ويراد بهما أن يقوم شخص يسمى بالوكيل بوجه عام باجراء عمل قانونى لمصلحة شخص آخر بحيث تعود على هذا الأخير جميع نتائج العقد دون الاول ، ولهذا الأسلوب القانونى منافع عظيمة إذ به تدار حركة أموال المحجور عليهم لصغر أو سفه أو عته أو لعقوبة جنائية ، بل وحركة البالغين الراشدين أيضاً اذا حالت بينهم وبين القيام بأعمالهم بأنفسهم حوائل ترجع للبعد فى المسافات أو غير ذلك.

وكان الرومان فى بدء عصورهم الأولى لايعرفون هذه الانابة القانونية لأنهم لم يقرروا مطلقاً بأنه يجوز للعمل القانونى أن تتعدى نتائجه من حقوق والتزامات الى غير الذى أجروه وأتموه على أيديهم ، قرروا ذلك اعتماداً على ذلك المبدأ البسيط وهو أن من لم يكونوا طرفاً فى العقد لا يستطيعون أن يصيروا مالكين أو دائنين أو مدينين بحكم ذلك العقد . ولذا أصبحت الانابة القانونية عند الرومان فى عداد الاستحالات القانونية . وعلى ذلك قرروا مبدأ اللاإنابة [4] ولكن اذا كان قد تقرر عند الرومان عدم الاخذ بنظرية الانابة القانونية فانهم مع ذلك قرروا الأخذ بجواز استخدام الوسيط [5] فى القيام بالأعمال القانونية على حساب الغير كما فعلوا ذلك فى حالة القوامة والوصاية [6] والوكالة [7] الا انهم علقوا على ذلك نتائج قانونية غريبة جعلوها تتفق مع مبدئهم اللاإنابى ، الذى قرروه من قبل وأصروا عليه . وذلك أنهم يرون دائماً أن نتائج العقد لا تسرى إلا على من اشترك فى عمله ولا يتعدى الى صاحب المصلحة الحقيقية فيه . وعلى من اشترك فى عمل العقد أن ينقل إلى صاحب المصلحة جميع الحقوق التى آلت له من العقد . وكذلك على صاحب المصلحة هذا أن يتحمل هو الآخر

---

(١) interdiction des aliénés (٢) دوج ج ١ ص ١٧٣ ـ ٢٥٣ ن ٨٩ ـ ١٥٥ مكررة ٣ (٣) représentation (٤) non-représentation (٥) intermédiaire (٦) tu-telle (٧) mandat

جميع الالتزامات الناشئة عن العقد الى الغير . أى أنه بمجرد حصول العقد على يد الوسيط ينشطر العقد الى شطرين : شطر يكتسبه صاحب المصلحة والشطر الآخر يلتزم به . وما يكتسبه يأتى اليه من طريق تنازل الوسيط اليه . ومايلتزم به يأتى من تعهده هو بما التزم به الوسيط . وبذا ينزل الوسيط عن الحقوق المقررة بالعقد. يتحرر مما التزم به بالعقد ويخرج من العملية القانونية وكأنه لم يتعاقد . ولهذه النظرية أخطار ترجع لاحتمال الاعسار لدى الوسيط عند نزوله عن الحقوق . والاعسار لدى صاحب المصلحة عند التزامه بالتعهدات . لذا عالج الرومان هذه الشوائب كلما مست الحاجة اليه تحت سلطان تطور الحياة العملية وما قطعوه من أشواط بعيدة فى طريق المدنية الآخذة فى النمو . عالجوا ذلك وجعلوا همهم فى طريق تبسيط الوسائل وربط صاحب المصلحة الحقيقية مع الغير ، وهو الذى تعامل مع الوسيط . وذلك مع اصرارهم على حصر نتائج العقد فى شخص الوسيط ، إلا أنهم قرروا لصاحب المصلحة حق مقاضاة الغير مباشرة بالدعاوى المعروفة بالدعاوى النافعة [١] وهى من مبتكرات البريتور وبذلك قد تمهد الطريق فى سبيل تكوين نظرية الانابة القانونية بالمعنى الصحيح فتقرر فى العصور الحاضرة الأخذ بها . ولكن الرومان أصروا على عدم الأخذ بها بتاتاً

٧٦ — اذا تقرر ذلك فما هى إذن الخصائص القانونية للانابة القانونية ؟ وما هى مميزاتها ؟ هى ما يأتى :

١) ان من يعقد العقد وهو الوسيط لا يعمل باسمه خاصة انما يعمل باسم صاحب المصلحة الحقيقية . وعلى ذلك يجب عليه أن يخابر المتعاقد معه وهو الطرف الآخر للعقد بنيته [٢] وهذا شرط أساسى لصحة الانابة . والا اعتبر العقد منحصراً بينه وبين الآخر وان لا انابة البتة وأن لاشأن لصاحب المصلحة الحقيقية كما يحصل ذلك فى عقد العمولة [٣]

٢) ولا يكفى فى الانابة القانونية ان يعمل الوسيط باسم صاحب المصلحة بل

(١) actions utiles (٢) intention (٣) المادة ٨١/٨٥ تجارى و٩٤ فرنسى . ونصها : « الوكيل بالعمولة commissionnaire هو الذى يعمل عملا باسم نفسه أو باسم شركة nom social بأمر الموكل على ذمته فى مقابلة اجرة salaire أو عمولة provision »

يجب فى الوسيط أيضاً أن يكون ذا حق فى الانابة . ويرجع هذا الحق أو هذا التفويض بالوكالة [1] إما الى القانون وإما الى الاتفاق

فالتفويض من جانب القانون هو ما قرره القانون بالذات وهو ما يسمى بالانابة الشرعية [2] وهى الولاية الشرعية أى ولاية الاب والجد الصحيح . والتفويض من جانب الاتفاق هو أن يكلف صاحب المصلحة الوسيط بأن ينوب عنه وهو ما يسمى بالانابة التعاقدية [3] . وقد يحصل أن تقع الانابة دون أن يكون هناك تفويض بها من قبل وبغير علم صاحب المصلحة كما يقع ذلك فى حالة أعمال الفضولى [4] كما اذا غاب شخص وخيف من حصول تلف لماله فيأتى صاحب له فيعمل على منع التلف بأن يخبر من يتعاقد معه بأنه لا يعمل باسمه بل باسم الغائب . فى هذه الحالة يعتبر الفضولى [5] وهو القائم بالعمل، نائباً [6] عن رب العمل [7] وهو صاحب المال. واذا جاء رب العمل ووافق [8] على ما تم نفذ العقد عليه مباشرة وتحمل بنتائجه ، كأن الفضولى يعمل ولديه التفويض من قبل . واذا فرض وأبى رب العمل الموافقة على ما تم على يد الفضولى فان الانابة القانونية لا ينعدم أثرها بالمرة فى هذه الحالة بل يبقى لها مع ذلك بعض الاثر، بمعنى أن صاحب المال يصبح مع ذلك ملتزماً ازاء الغير اذا تبين بأن الفضولى قد أفاد وأحسن فيما فعل ، أى فى حالة ما إذا عادت منفعة عليه من عمل الفضولى (المادة ١٤٤ / ٢٠٥ مدنى و١٣٧٥ فرنسى) . ومن هنا نرى أن التفويض [9] أو المصادقة عليه لم يكونا من الاركان الاساسية [10] للانابة القانونية. على أنه يجب مع ذلك التفرقة بين الانابة الشرعية والانابة التعاقدية اذ لا بد فى هذه الاخيرة من الافصاح عن إرادة ورغبة الاصيل صاحب المصلحة وهو المفوض [11]

٧٧ — فى الكيان القانونى أو التكييف القانونى للانابة القانونية : يراد بالكيان أو التكييف القانونى [12] الاصل القانونى لهذه النظرية وعلى أى اساس قانونى تكونت . ولقد أثار البحث فى تحليل الانابة القانونية والتعرف على كيانها خلافات حادة بالمانيا . اما فى فرنسا فقد اتفق من زمن على ان الانابة القانونية هى تصور

---

(1) pouvoir (2) représentation légale (3) représentation contractuelle
(4) gestion d'affaires (5) gérant (6) représentant (7) maître (8) ratifier
(9) pouvoir (10) essence (11) représenté (12) nature juridique

خيالى أو مجاز [١] يفترض فيه ان الاصيل قد أفصح عن رغبته فى العمل القانونى بلسان وكيله وبواسطته . أى ان الوكيل كان واسطة الاتصال بين الاصيل والعاقد الآخر . على ان هذا التصوير المجازى لم يخل هو الآخر من انتقادات قامت حوله . ذلك لانه قيل بان هذا المجاز لا يتفق مع نظرية اعمال الفضولى . وعلى الاخص فانه لا يمكن الاخذ به فى حالة ما اذا كان الوكيل لم يكن معيناً من قبل الاصيل مباشرة بل كان من طائفة الوكلاء الشرعيين [٢] اى الذين نصبهم القانون بحكمه . والافضل فى عصر القانون الحاضر القول بانه يجوز فى العمل القانونى ان تتمشى نتائجه على غير من عقده . وعلى ذلك يعتبر العمل القانونى الحاصل على يد الوكيل ذا وجهتين . وجهة يعتبر فيها الوكيل بانه هو الذى فعل العقد وتم على يده . ووجهة أخرى تعتبر فيها نتائج العقد حجة على الاصيل . ومن هذا التحليل تترتب الاصول الآتية :

١) ان الذى يعمل العقد هو النائب ، والافصاح عن الارادة يصدر منه . وعلى ذاك يجب ان يكون من ذوى الاهلية فى الارادة وهذا كاف . وليس بلازم ان يكون من ذوى الاهلية فى الالتزام ما دام انه لا يترتب على عمله أثر مافى أمواله . واذا ثابت ارادة النائب شائبة جاز للأصيل طلب الغاء العقد [٣]

٢) ان آثار العقد تتمشى على الاصيل دون وكيله فهو الذى يصبح مالكا ودائناً ومديناً وهو الذى تبرأ ذمته اذا كان التعاقد خاصاً بانقضاء التزام . وعلى ذلك اذا كان من الضرورى توافر بعض شروط الاهلية فانه يجب توافرها فى شخص الاصيل . فاذا أريد التصرف فى مال وجب تحقق شرط التصرف عند الاصيل

ومما تجب ملاحظته: انه اذا كان العمل القانونى المراد عمله يحتم فيه القانون ان يكون رسمياً وجب ان يكون التفويض بالتوكيل رسمياً أيضاً . لانه يجب على كل حال ان لا يحرم الاصيل من الضمانات التى قررها الشارع للعاقد وهى ضمانات الاستقلال فى الرأى والطمأنينة والتى يشعر بها وهو فى حضرة الموثق . فاذا اريد عمل توكيل عن هبة أو رهن عقارى رسمى وجب ان يكون التوكيل بعقد رسمى . وهناك بعض الاعمال

(١) fiction (٢) mandataires légaux (٣) annulation

القانونية مما لا يجوز فيها التوكيل بتاتاً كحلف اليمين اذ لا بد من ان الحالف نفسه يحلف بالذات

فى الحقوق وخصائصها وأنواعها

٧٨ — الحقوق أو الحقوق الخاصة بالانسان (١) هى ما يشعر به الأفراد من القوة والسلطان (٢) فى سبيل تحقيق مصالحهم (٣) ويفترض فى هذه القوة وذلك السلطان أن يكون بجانبها قوة اكراهية (٤) يستعين بها الأفراد ضد من يعمل على تعطيل الانتفاع بالحقوق من طريق النزاع فيها (٥) أو غل أيدى أصحابها (٦) وعلى ذلك لا تتحقق الحقوق الا اذا أمدها القانون بوسائل حمايته

٧٩ — **فى تقسيم الحقوق** : تنقسم الحقوق الى الأقسام الآتية :

حقوق مطلقة وحقوق نسبية : الحقوق النسبية (٧) هى ما تقررت لشخص قبل شخص أو أشخاص آخرين . وحقوق الدائنية (٨) هى وحدها ودون غيرها المكونة لهذا النوع

والحقوق المطلقة (٩) هى ما يحتج بها على الجميع (١٠) ، منها الحقوق العينية (١١) وأخصها حق الملكية (١٢) والحقوق العائلية (١٣) والحقوق السياسية (١٤) والحقوق العامة (١٥) المتصلة بشخصية الانسان مثل حق الاشتغال (١٦) وحق المتاجرة وحق الكتابة وحق التكلم

فى الحقوق السياسية والحقوق المدنية : الحقوق السياسية (١٧) هى الحقوق التى يشترك الأفراد بمقتضاها فى الأخذ بقسط من الولاية العامة (١٨) أى فى حكم البلد مثل حقوق الانتخاب (١٩) (المادة الأولى من قانون الانتخاب الصادر فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٣ رقم ١) بشروط وقيود معينة

---

(١) droits subjectifs (٢) des pouvoirs (٣) intérêts (٤) contrainte
(٥) contester (٦) entraver (٧) droits relatifs (٨) droits de créance
(٩) droits absolus (١٠) opposable erga omnes (١١) droits réels (١٢) droit de propriété (١٣) droits de famille (١٤) droits politiques (١٥) droits publics (١٦) droit de travailler (١٧) droits politiques (١٨) puissance publique
(١٩) électorat و éligibilité

والحقوق المدنية [١] وهى جميع الحقوق الأخرى التى لم تطبع بالطابع السياسى . وتكون فى ذاتها دائرة المجال الحيوى للانسان وهى تخالف الحقوق السياسية فى أنها ملك لجميع الأفراد لانها ضرورية لهم فى حياتهم العملية وبخلاف الحقوق السياسية . اذ يسهل على الفرد أن يعيش دون أن يكون عضواً بالبرلمان ولكن لا يستطيع أن يحيا اذا حرم من حق التبايع ، وحق الاشتغال بالحرف والصنائع .

وتنقسم الحقوق المدنية الى ما يأتى :

١) حقوق لازمة [٢] وهى ما اتصلت بشخصية الانسان اتصالا محكما لا تفارقه ولا يفارقها وتسمى أيضاً بحقوق الانسان [٣] أو الحقوق العامة [٤] أو الحقوق الطبيعية [٥] وهى الحقوق الناشئة عن شخصيته مثل الحق فى التمتع بالحياة وبالحرية وبالكرامة وبالحرية الدينية وبحرية الكلام وهكذا وهى محمية بالقانون العام ولذلك لا تدخل فى القانون المدنى . ولكن تدخل فيه كلما مست هذه الحقوق نزعة التعسف من قبل الحاكم . اذ يستحيل الحق فى هذه الحالة الى تعويض [٦] يطالب به الشخص المضار طبقاً للمواد ١٥١ / ٢١٢ و ٢١٣ مدنى و ١٣٨٢ فرنسى والمادة ١٥ / ١١ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة . واذا استحال الحق الى تعويض أصبح ذا أثر مادى فى مال الفرد [٧] وهو ما يجعله على الاكثر ضمن دائرة القانون المدنى

٢) الحقوق العائلية [٨] وهى ما تتعلق بقانون الاحوال الشخصية [٩] للافراد من حيث القرابة والنسب ويمتاز هذا النوع بكونه يجمع بين الحقوق والواجبات [١٠] فحق الاب نحو الولد لا ينحصر فقط فى الاشراف على تربيته بل بالالتزام بتربيته . واذا كانت هذه الحقوق كما تقدمها حقوقاً خارجة عن دائرة أموال الانسان [١١] أى حقوق غير مالية الا انها تستحيل هى الاخرى الى حقوق مالية مثل حق النفقة (المواد ١٥٥ / ٢١٧ و ١٥٦ / ٢١٨ مدنى) والحقوق فى المواريث (المادة ٥٤ / ٧٧ مدنى)

---

(١) droits civils (٢) inhérents à la personnalité (٣) droits de l'homme
(٤) droits publics (٥) biens innés (٦) réparation civile (٧) patrimoine
(٨) droits de famille (٩) statut personnel (١٠) devoirs (١١) droits extra-patrimoniaux

٣) والحقوق المتعلقة بالمال [١] أو الحقوق المالية وهى أكثر حقوق القانون المدنى وتستحيل هذه الحقوق [٢] فى النهاية الى تسوية مالية [٣] تقوّم بالنقد كحق الملكية . وتنقسم هذه الحقوق الى حقوق عينية وحقوق دائنية وحقوق فكرية [٤] وهى الخاصة بجماعات المؤلفين والممثلين والمخترعين وما يترتب لهم من الحقوق على ما ألفوه واخترعوه

الحقوق العينية [٥] وهى الحقوق التى تنصب على الاشياء الخارجية مثل الاراضى [٦] والمنازل والمنقولات. ولأصحاب هذه الحقوق [٧] على الاشياء سلطان مباشر [٨] وحال [٩] يختلف فى قوته ونفوذه بقدر اختلاف هذه الاشياء ولذا سمى بالحق العينى [١٠] أى ما انصب على العين بالذات [١١]

وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية فالاولى [١٢] وهى التى لم تكن تابعة لحق دائنى، هى ما يشعر فيها صاحبها من ميزة التمتع بالشيء واستغلاله بلاقيد ولا شرط . وهى حق الملكية والحقوق العينية على ملك الغير

٨٠ ـ ١) حق الملكية [١٣] هو أتم الحقوق التى يتمتع بها الفرد على الاشياء ويتمتع صاحب الحق بملكه دون غيره وينتفع بالشيء المملوك له بحسب ما أعدله ذلك الشيء . ولصاحب الحق على الشيء ميزة خاصة به [١٤] وسلطان مطلق لحد ما (المادة ١١/٢٧ مدنى و ٥٤٤ فرنسى) اذ أنه فى الحقيقة مقيد بما يترتب للغير من الحقوق على هذا الشيء

٢ ـ الحقوق العينية على ملك الغير : هذه الحقوق كثيرة منها حق المنفعة [١٥] وهو حق الانتفاع واستعمال الشيء المملوك للغير الذى يسمى مالك الرقبة [١٦] (المواد ١٣ـ ٢٩/٢٩ـ٥٠ مدنى و ٥٧٨ فرنسى وما بعدها) وحق الاستعمال [١٧] وحق السكنى [١٨] وهما صورتان لحق الانتفاع . ـ وحقوق الارتفاق [١٩] على اختلاف أنواعها ومنها حق

---

satisfaction pécuniaire (٣) prérogatives (٢) droits patrimoniaux (١)
titulaires (٧) fonds de terre (٦) droits réels (٥) droits intellectuels (٤)
droits réels (١٢) jus in re (١١) réel (١٠) immédiat (٩) direct (٨)
au- (١٦) l'usufruit (١٥) exclusif (١٤) droit de propriété (١٣) principaux
servitudes (١٩) droit d'habitation (١٨) droit d'usage (١٧) propriétaire

المرور [١] وحق المطل [٢] وهي حقوق مقررة لفائدة عقار معين على عقار آخر (المواد ٣٠ ـ ٥١/٤٣ ٦٥ و٦٣٧ فرنسي وما بعدها)

٨١ — ٢) فى حقوق الدائنية [٣] : هذه الحقوق هي ما تتقرر للأفراد قبل بعضهم البعض ولذا سمى هذا الحق أحياناً بالحق الشخصي [٤]. ولحامل حق الدائنية وهو الدائن [٥] الزام أو اكراه [٦] مدينه [٧] على القيام لمصلحته بما التزم به ، أى على تنفيذ التزامه [٨] إما بتسليمه شيئاً أو عمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء [٩]

ومن أخص مميزات حق الدائنية [١٠] انه على صورتين صورة ملك داخل مال الدائن وصورة دين [١١] يتحمل به مال المدين فهو فى مال الدائن عنصر موجب [١٢] وفى مال المدين عنصر سالب [١٣] بعكس الحق العيني فانه لا ينزع عن مال المدين شيئاً اذ كل ما يقضى به هو أن يمتنع الناس عن مناوأة صاحبه فى استمتاعه به استغلالا وتصرفاً كما ينتفعون هم سواء بسواء

ومما مر نرى أنه يمكن الاستعانة بحق الدائنية ذريعة لتملك الأشياء واداة فى انتقالها من يد ليد . من يد المدين ليد دائنه [١٤]. وفى ذلك يمكن القول بأن حق الدائنية هو المهد أو الخطوة الأولى فى طريق الحق العيني [١٥] وذلك لأنه يلاحظ فى البلاد المتمدينة أن الأشياء ذات المنافع مملوكة للافراد وقليل منها مباح وهي تملك بوضع اليد. لذا اذا أراد الفرد أن يتملك شيئاً من هذه الأشياء المملوكة وهي الغالبة وجب عليه التعاقد مع صاحب الشيء الذى يلتزم بتسليمه له فيصبح المالك مديناً بالتسليم من طريق البيع مثلا ويصبح المشترى دائناً بالتسليم

ولا يتصرف حق الدائنية الى نقل الملكية أو حق عيني آخر بل هو أداة عامة فى الالتزام على اختلاف صوره وتباين أنواعه كالقيام بعمل شيء أو الامتناع عن

---

(١) droit de passage (٢) droit de vue (٣) droits de créance (٤) droit personnel (٥) créancier (٦) astreindre (٧) débiteur (٨) prestation (٩) s'abstenir (١٠) caractéristique (١١) dette (١٢) élément actif (١٣) élément passif

(١٤) ولذا سماه بعض الشارحين هكذا jus ad rem اشارة الى أنه يمكن صاحبه من الحصول على ملكية شيء مملوك لمن التزم به (١٥) jus in re

عمل شيء . ويتحول الالتزام فى هذه الأحوال الى تعويض مالى [١] كهدم قيام المقاول بالبناء أو مخالفة من باع محله التجارى عقد البيع صراحة أو ضمناً بان يفتح محلا تجاريا بجانب المحل المبيع

ومما تقدم يمكن التفرقة بين الحق العينى وحق الدائنية فيما يأتى :—

إن الحق العينى حق مطلق أى ان الرابطة القانونية فيه ليست محصورة بين شخصين معينين بل ينصرف الى حرية تصرف واستغلال صاحب هذا الحق للملكه بقدر ما تبيحه طبيعة الملك فى دائرة القانون، لانه حق على الشيء . وليس بلازم فى استغلاله أن يكون هنالك شخص آخر يلتزم به . كحق الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى كحق الانتفاع وحق الارتفاق . بعكس حق الدائنية فانه حق نسبى لان الرابطة القانونية فيه محصورة بين شخصين معينين والدائن لا يطالب إلا مدينه بما التزم به هذا الأخير . وحرية المدين معقودة بقدر هذا الالتزام، والمدين خاضع بقدر هذا الالتزام فقط لدائنه

٨٢ — الحقوق العينية التبعية : [٢] هى الحقوق التى تضمن نفاذ حقوق الدائنية الاصلية والوفاء بها مثل الرهن [٣] والامتياز [٤] والرهن التأمينى [٥] . وذلك أنه اذا أصبح المدين ملتزماً أمام جملة دائنين ولم يكن لديه ما يفى بكل الديون أى أصبح معسراً [٦] وجب على الدائنين تحمل اعساره . بمعنى انه اذا نزعت ملكيته مما يمتلكه وبيعت عقاراته ومنقولاته بالمزاد الجبرى وزع الثمن عليهم بنسبة ديونهم [٧] بصرف النظر عن تاريخ ديونهم إذ يستوى الدين القديم مع الدين الحديث (المواد ١٤١ / ٢٠٢ مدنى و٥٥٥ / ٦٧٩ مدنى و ٢٠٩٢ و ٢٠٩٣ فرنسى وهذا تطبيق لمبدأ الضمان العام [٨] المقرر للدائن على جميع أموال مدينه . فاذا لم يكف الثمن لايفاء الديون جميعها تحمل كل دائن جزءاً من اعسار مدينه . لذا يعمل الدائن وقت التعاقد أو بعده على تقرير حق عينى تبعى على مال مدينه إما بالرهن الخاص بالمنقول أو بالامتياز أو بالرهن التأمينى أو الحيازى أو بحق الاختصاص على عقارات المدين

(١) réparation pécuniaire (٢) droits réels accessoires (٣) nantissement
(٤) privilège (٥) hypothèque (٦) insolvable (٧) au prorata او au marc le franc
(٨) gage général

لأجل أن يختص فى كل الاحوال دون غيره من الدائنين بميزتين : أولاهما ميزة حق التفضيل [١] وهو أن يسبق بقية الدائنين فى الحصول على دينه أولاً من الثمن فاذا تبقى لهم شيء فلهم اقتسامه، وثانيتهما حق التتبع [٢]. وهو حق متابعة العقار فى أى يد وصل اليها وحجزه حتى الوفاء بدينه . ولا ينتفع الدائن العادى [٣] بهاتين الميزتين

٨٣ — *الحقوق الفكرية* : وهى حقوق المؤلفين والممثلين والمخترعين وحقوق التجار وأهل المصانع على علامات المصنع [٤]. والرسوم [٥] والمتعاملين مع المحل [٦] أى العملاء وحقوق حملة التصريحات من الحكومة أى أصحاب الامتيازات أو الاحتكار فى الانتفاع بحقوقهم هذه دون أى مزاحم لهم [٧]

٦ — فى مال الانسان أو ثروته

٨٤ — يراد بمال الانسان [٨] حالته المالية أى ما يملكه من الحقوق المقدرة بالنقود، أى ثروته وما يكون عليه من الديون ، أى الحقوق المالية على العموم سواء وردت على ماله موجبة أو سالبة . فهى مجموعة من الحقوق المالية الموجبة والسالبة أى ماله وما عليه من ديون مقدرة بالمال . وبذلك يخرج عن مال الانسان الحقوق العائلية والحقوق العامة [٩] الا اذا استحالت الى مال من طريق التعويض عند المساس بها

ومال الانسان كائن قانونى [١٠] قائم بذاته لا يتأثر فى مجموعه ، وهو على هذا الاعتبار ، بما يطرأ عليه من التقلبات والتغييرات إيجاباً أو سلباً ، مستقل بنفسه من حيث وجوده [١١] فاذا زاد ماله عما عليه أو زاد ما عليه عما له أو لم يبق أثر لحق أو التزام .فالمال من حيث هو كائن قانونى يعتبر فى كل ذلك موجوداً . فالمولود يوم ولادته له حالة مالية وكل انسان له حالة مالية

وما هى هذه الفائدة من اعتبار المال هذا كائناً قائماً بنفسه ووحدة [١٢] مستقلة

---

(١) droit de préférence (٢) droit de suite (٣) créancier chirographaire
(٤) marques de fabrique (٥) desseins (٦) clientèle (٧) brevets
(٨) patrimoine (٩) droits publics (١٠) universalité juridique (١١) une entité
(١٢) unité

بذاتها بدلا من فصل ما له عما عليه ؟ في ذلك فائدتان : أولا ان مال المدين باعتباره وحدة مستقلة بنفسها يفسر معنى المبدأ القائل بان للدائن حق الضمان العام على أموال المدين ، أى حق ينصبُّ على ما وجد الآن وما سيوجد بعد . ثانياً . ان وحدة المال هذه، تفسر لنا تفسيراً بينا قاعدة هامة ، مؤداها انه عند وفاة صاحب المال تقف حركة المال أى تتحدد حالته المالية فلا يقبل زيادة ولا نقصاً وينتقل ماله بما هو عليه الى ورثته الشرعيين فيندمج فى أموالهم الخاصة

فى حق الدائنين على مال المدين : حق الدائن يتمشى على جميع مفردات مال مدينه . والمدين ملزم باستخدام هذه المفردات فى الوفاء . وحق الدائن هذا على مال مدينه يسمى بحق الضمان العام . ولكنه مع ذلك ليس حقاً عينياً لانه يتمشى على كل مال المدين ويتحقق عليه عند ما يعسر المدين فيجرى عليه الدائن التنفيذ . وعلى ذلك اذا خرج أحد مفرداته عنه قبل التنفيذ فلا يتمشى حق الضمان العام على ما خرج من المال . ولذا تصبح جميع التغييرات والتعديلات فى مال المدين حجة على دائنيه . فللمدين حق بيع ملكه وهبته . وله حق تملك مفردات أخرى والحاقها به . ويقال حينئذ عن مفردات المال بانها قابلة للتغيير والتبديل [١] وانها لا تستقر على حال واحدة . الا اذا عمل المدين بسوء نية وهو مدفوع بالتدليس [٢] فيكون للدائنين الحق فى مناقشته الحساب وابطال تصرفاته واسترداد ما هرّبه من ماله بواسطة دعوى الابطال [٣] (المواد ١٤٣ / ٢٠٤ مدنى و٥٥٦ / ٦٨٠ مدنى و١١٦٧ فرنسى

٢) **فى انتقال المال عند وفاة صاحبه** : لا تزول وحدة المال باعتباره مجموعاً موحداً أى كائناً قانونياً بوفاة صاحبه . بل تنتقل هذه لوحدة الى الورثة وكان الرومان يعتبرون مال المتوفى [٤] من طريق المجاز [٥] كأنه شخص معنوى [٦] قابل للزيادة فى الحقوق والالتزامات بعد الوفاة وهو بلا صاحب وتؤول التركة [٧] الى أصحابها اما من طريق التوريث الشرعى [٨] أو من طريق الايصاء [٩]

(١) fongibles (٢) fraude (٣) action paulienne (٤) de cujus
(٥) fiction (٦) personne morale (٧) hérédité (٨) succession légitime أو succession ab intestat (٩) succession testamentaire

العقود

كلمة عامـة

٨٥ — الالتزام ينشأ اما عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص فى القانون (المادة ٩٣ / ١٤٨ مدنى) وعلى ذلك تكون مصادر الالتزام ثلاثة. وقد أفرد القانون الباب الثانى للمصدر الاول (فى التعهدات المترتبة على توافق المتعاقدين)— ويريد الشارع بكلمة التوافق الاتفاق — وأفرغه فى المواد ١٢٨ / ١٨٨ ـ ١٤٣ / ٢٠٤ مدنى وخصص القانون الباب الثالث للمصدر الثانى (فى التعهدات المترتبة على الافعال) وقرر لها المواد ١٤٤ ـ ١٥٣ / ٢٠٥ ـ ٢١٥ مدنى . ثم أوقف الشارع الباب الرابع على المصدر الثالث (فى الالتزامات التى يوجبها القانون) وخصص لها المواد ١٥٤ ـ ١٥٧ / ٢١٦ ـ ٢٢٠ مدنى

٨٦ — والعقد [١] أو الاتفاق [٢] هو اتحاد شخصين أو جملة اشخاص على تقرير نتائج قانونية . ويرمى العاقدان بالتعاقد اما الى تقرير أو نقل حق عينى أو تقرير التزامات متنوعة ، وإما الى تعديل حالة قانونية سابقة، واما الى انقضاء هذه الحالة القانونية السابقة. وتقول المادة ١١٠١ مدنى فرنسى : « بان العقد هو اتفاق » وهذا التعبير يشعر بأن الشارع الفرنسى ميز بين العقد والاتفاق بأن جعل الاتفاق جنساً [٣] وجعل العقد نوعاً [٤] . وقد جرت عادة الكاتبين على اعتبار العقد اتفاقاً الغرض منه تقرير أو نقل حق سواء كان الحق حق دائنيه[٥] أو حقاً عينياً كما قال بذلك بوتييه . واما الاتفاق فلا يعتبر عقداً، انما الغرض منه تعديل [٦] او انقضاء [٧] الحقوق كاستبدال الدين والوفاء. وهذه التفرقة بين العقد والاتفاق تفرقة لفظية ترجع لاصل الكلمات ومصادرها ذلك لان الاحكام القانونية تتمشى فى الحقيقة على العقد والاتفاق معاً . وتجرى عادة الشارع ان يستعمل أحياناً الواحدة منهما بدلا من الاخرى [٨]

---

(١) contrat (٢) convention نقول الاتفاق ولم نقل التوافق كما قال الشارع خطأ لان التوافق معناه عدم الاتفاق بالاخذ والرد بين العاقدين ، انما معناه مطابقة الاغراض ومشابهة المقاصد بطريق الصدفة ، الامر الذى يحكى توارد الخواطر . ووردت كلمة التوافق بمعناها الصحيح بالمادة ٢٠٧ عقوبات (٣) genre (٤) espèce (٥) droit de créance (٦) modifier (٧) éteindre (٨) كابتان ج ٢ ـ ٢٥٧

فى مبدأ حرية التعاقد

٨٧ — روح التعاقد حرية ارادة المتعاقدين . والعقد شريعة المتعاقدين (المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى) اذ لهما حق المناقشة والجدل فيما يتفقان عليه . ومتى تم الاتفاق اصبح العقد حجة على الطرفين وعلى ذلك فحرية التعاقد هى التى تملى على الطرفين قانون العقد انما يقف فى سبيل حرية التعاقد حوائل وموانع ترجع للمنفعة العامة والنظام العام بما يقرره الشارع فيهما من الاحكام الآمرة [1] اذ فى هذه الحالة لا تملك حرية التعاقد شيئاً ازاء هذه الاحكام الآمرة .

واذا كانت حرية التعاقد هى على كل حال قوام العقود وهى التى تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه الا أن هناك اعتبارات من شأنها أن تشوه هذه الحرية وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها تمام التمتع . ويلاحظ ذلك فى حالتين

١) يحصل أن تصبح حرية التعاقد فى بعض العقود حرية ظاهرية أكثر منها حقيقية . ذلك لأن العاقدين فى أغلب الأحوال لا ينصون فى العقد الا على بعض النتائج القانونية للعقد . وأما البعض الآخر من هذه النتائج القانونية وهو فى الغالب نتائج ثانوية فانهم يسكتون عنه ،وفى هذه الحالة يرجع فى تقرير هذه النتائج الى أحكام القانون وما قرره فى هذا الشأن وهى الأحكام المسماة بالاحكام التكميلية أو التتميمية [2] ويرجع الشارع فى تقريرها الى الخبرة العملية فى الازمان السابقة وما استقر عليه العمل لدى الافراد فى أزمان طويلة قد مضت

٢) وان كان العاقدون فى الأصل أحراراً فيما يتعاقدون عليه الا أن هناك أحوالا لا يملك بعضهم حرية التعاقد كاملة فيها . ذلك لانه يحصل فى الغالب أن أحد العاقدين هو الذى يملى على الآخر شروط العقد أى قانون العقد . كما يحصل فى حالة القرض والبيع . اذ فى القرض يملى المقرض شروط القرض . وفى البيع يملى المشترى شروط البيع . ويحصل أن تشل حرية التعاقد لدى أحد العاقدين الى حد لا يملك فيه تمام حرية التعاقد . ويقع ذلك فى حالة عقد التأمين بما تمليه شركات التأمين على المؤمن لهم من

(١) règles impératives (٢) règles supplétives

شروط عديدة مقيدة . وكذلك الحال فى عقد العمل [1] بما يتشدد فيه رب العمل مع عامله ، وشركات النور والماء وهى الشركات التى تقوم بأداء بعض المصالح العامة للبلد [2]

٨٨ — وهناك نوع آخر من هذه العقود التى لا يملك فيها أحد العاقدين حرية التعاقد تماماً وهى العقود المسماة بعقود الانضمام [3] حيث لا يملك العاقد المنضم حرية المناقشة فى الشروط المعروضة عليه ، الأمر الذى جعل البعض يقول بأنه لا يصح تسمية عقود الانضمام بالعقود نظراً لارتفاع حرية التعاقد عن العاقد المنضم . ولكن يلاحظ البعض الآخر انه من المحتم مع ذلك تسمية عقود الانضمام بالعقود لأن العاقد المنضم حر فى الانضمام أو عدم الانضمام طبقاً لما يراه ولما يحكم به هو بنفسه . إذ يجوز له عدم الأخذ بالشروط المعروضة عليه فى جملتها . فاذا لم يرفضها دل ذلك على أنه رضى بها مختاراً وهو متصف بتمام حرية التعاقد . ويلاحظ أنه اذا قيل بعدم اعتبار عقد الانضمام عقداً قانونياً منتجاً لترتبت على حصوله إشكالات كبرى يصعب التخلص منها . ويرى أنصار هذا الرأى القائل بعدم اعتبار هذه العقود فى عداد العقود القانونية طرح العقد على القضاء لتقرير عدم صحة التزام العاقد المنضم ، أو بعبارة أخرى لتقدير هذا الالتزام تقديراً يرجع لما اكتنفه من الظروف التى شوهت لدى العاقد حرية التعاقد . الا أنه ربما يخشى من الأخذ بهذا الرأى المساس بالقوة القانونية للعقد وتعطيل آثاره القانونية . ولذا يفتى البعض [4] انه يحسن معالجة هذه الحال بالاستعانة بالشارع نفسه بدلا من الرجوع الى القاضى : كأن يقرر الشارع قواعد وأصولا شديدة تحول دون تمكين العاقد القوى من املاء شروط قاسية ومجحفة [5] بالعاقد الآخر ، وهى القواعد المسماة بالاحكام الآمرة التى مرَّ ذكرها وأن يمنع استعانة القوى بالشروط الخطرة بالعاقد الضعيف . وأن يضع أحكاماً لا يجوز مخالفتها . أى ان الشارع يتدخل فى الامر من الوجهة العامة ويقيد حرية التعاقد لدى القوى حماية للضعيف

---

(١) contrat de travail (٢) service public . — كابتان ٢٥٧ — ٢٥٩

(٣) contrat d'adhésion بلانيول ج ٢ ص ٣٢٦ ن ٩٧٢ الطبعة السابعة سنة ٩١٧

(٤) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٥٩ (٥) conditions léonines

فى منابت العقود ومظان وجودها

٨٩ — تنمو العقود وتكثر فى المجال الخاص بالحقوق المتعلقة بالمال [١] لان أغلب الروابط المالية التى تقع بين الافراد انما ترجع الى الاتفاقات المعقودة بينهم . وتظهر هذه العقود أيضا فى المجالات الخاصة بالحقوق العائلية [٢] كعقد الزواج [٣] والمشارطات المالية الحاصلة بين الزوجين [٤] . ولكن يلاحظ فى هذه العقود الاخيرة ان حرية التعاقد مقيدة بقيود شرعية حتمها الشارع [٥]

ولذا قال بعض المفسرين بعدم انطباق كلمة العقد على هذه الروابط العائلية لان عقد الزواج مثلا لا يمكن تشبيهه بعقد خاص بمال الانسان ولكن مما لا شك فيه ان مشارطات الزواج عقود مالية بحتة ولكنها مقيدة بقيود خاصة بحسب قوانين الاحوال الشخصية التى تحكمها

هذا ويلاحظ ان التعاقد بشأن الحقوق الخاصة بالاموال [٦] ليس من الحريه فى الاطلاق كالتعاقد بشأن حقوق الدائنية [٧] لان العاقدين لا يملكون حق تعديل نظام الملكية العقارية [٨] ولا يستطيعون تقرير حقوق عينية أخرى خلاف الحقوق العينية المقررة بالقانون

ويحصل ان العقد قد يفسد الى حد تذهب معه حرية التعاقد . لان الشركات أو الجمعيات لا تستطيع السير فى أعمالها الا اذا خضعت الأقلية لحكم الاغلبية اذ من المتعذر الحصول على رأى باتحاد آراء الكل . ويرجع فى تقرير أحكام الاغلبية اما الى القانون نفسه واما الى قانون الشركات نفسها

٩٠ — حكم الاغلبية سائر على الاقلية فى أحوال لم يرتبط فيها بعض الافراد برباط شركة أو جمعية . ويحصل ذلك فى حالتين :

(١) فى حالة الافلاس [٩] وتصالح الدائنين مع مدينهم [١٠] اذ بقرار الاغلبية

---

(١) Droit du patrimoine (٢) Droit de famille (٣) acte de mariage

(٤) contrat de mariage (٥) انظر قانون ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ رقم ٥٦ الخاص بتحديد سن الزواج وجعله ١٦ سنة للزوجة و ١٨ سنة للزوج وبخصوص المشارطات المالية فى الزواج وما يصح الاتفاق عليها فيها وما لا يصح فى الشرائع المختلفة راجع كتاب الدولى الخاص للدكتور ابو هيف بك بند ٣٧٧ وما بعده

(٦) Droit des biens (٧) droit de créance (٨) propriété foncière (٩) faillite (١٠) concordat

بخضع الدائنون لقبول جزء من الديون [١] وترك الباقي (المادة ٣١٧ / ٣٢٧ تجارى و ٥٠٧ فرنسى) على ان قرار الاغلبية هذا خاضع أيضا لموافقة المحكمة [٢]

٢) والحالة الثانية خاصة بالقانون الفرنسي . وذلك انه اذا دعت الحالة الى القيام بأعمال هامة ذات منفعة عامة لجهة من الجهات فيما يتعلق بتحسين أو حماية الملكية العقارية جاز لاغلبية الملاك أن يكرهوا الآخرين على ضرورة قبول تشكيل جمعية أو نقابة [٣] للدفاع عن هذه المصالح وتقرير ماتراه صالحاً [٤] وربما كانت كلمة عقد لا يصح الأخذ بها في هذه الحالة

في تقسيم العقود

٩١ ـ تنقسم العقود الى ثلاثة أقسام : ١) عقود تبرع [٥] (أو تبرع بين الأحياء [٦]) وعقود بلا مقابل [٧] وعقود بعوض [٨] (٢) وعقود تبادلية [٩] وعقود ذات طرف واحد [١٠] (٣) وعقود رضائية [١١] وعقود عينيـة [١٢] وعقود ذات قيود شكلية [١٣]

عقود التبرع و بلا مقابل و بعوض

٩٢ ـ عقد التبرع هو اتفاق بين طرفين يرضى أحدهما بتنقيص ماله لاثراء الآخر وهو مدفوع في ذلك بعاطفة الاحسان [١٤] وهناك نوعان من عقود التبرع عقد الهبة بين الاحياء [١٥] والوصية أو تعيين الوصى [١٦] ولا يتحقق هذا الاخير الا عند وفاة الموصى .

والعقد بلا مقابل هو ما كان مدفوعا فيه أحد الطرفين بعاطفة القيام بخدمة للعاقد الآخر وهو لا ينقص من ماله شيئاً انما لا يأخذ مقابلا نظير مايؤديه هو أو مايتعهد به

---

(١) quote-part (٢) homologation . ـ بلانيول ج ٢ ص ٣١٧ ن ٩٤٦ والمواد ٢٠٥ الى ٢٠٩ تجارى مختلط و ٣١٥ / ٣٢٥ تجارى وما بعدها (٣) association syndicale (٤) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٦٠ (٥) contrat à titre gratuit (٦) libéralité entre vifs (٧) contrat désintéressé (٨) contrat à titre onéreux (٩) contrat synallagmatique (١٠) contrat unilatéral (١١) contrat consensuel (١٢) réel (١٣) solennel (١٤) bienfaisance (١٥) donation entre vifs (١٦) institution contractuelle

كعارية الاستعمال [١] « المادة ٤٦٤/٥٦٥ مدنى و١٨٧٥ فرنسى » والقرض بلا فائدة (المادة ٤٦٥/٥٦٥ مدنى و١٨٩٢ فرنسى) والوديعة (المادة ٤٨٢/٥٩٠ مدنى و ١٩١٥ و ١٩١٧ فرنسى) والكفالة بلا مقابل [٢] (المادة ٤٩٥/٦٠٤ مدنى و٢٠١١ فرنسى) .

والعقد بعوض، وهو أكثر الانواع شيوعا فى المعاملات بين الافراد، هو مايرمى فيه كل من العاقدين إلى مصلحة شخصية نظير ما أفاد به العاقد الآخر كالبيع والايجار. وورد تعريف هذا النوع بالمادة ١١٠٦ مدنى فرنسى ، وهو التعريف الذى ينطبق على العقد التبادلى ولا ينطبق على العقد ذى الطرف الواحد كقرض النقود

٩٣ ـ والفائدة التى تعود من تقسيم العقود الى عقود بلا مقابل وعقود بعوض هى ما يأتى :

١) يقرر الشارحون من زمن أن المؤاخذة على الخطأ فى العقود بلا مقابل أقل درجة من المؤاخذة على الخطأ فى العقود بعوض . (المواد ٦٨ ٤/٥٦٩ و٤٨٢/٥٩٠ و٥٢١ / ٦٣٨ مدنى والمواد ١٨٨٢و١٩٢٧ و١٩٩٢ فرنسى)

٢) يراعى فى العقود بلا مقابل انها معقودة لاشخاص معينين [٣] أى تراعى شخصية المعقود معه. فاذا وقع غلط فى شخصية هذا الاخير جاز لمن أراد تأدية خدمة له فسخ العقد . ويقع ذلك أحياناً فى العقود بعوض اذ يعول فى البعض منها على شخصية المعقود معه أيضاً كالتعاقد مع ممثل معروف [٤]

٣) دعوى الابطال أسهل فى عقد التبرع منها فى عقود العوض

٤) التبرع لا يلحظ فى العقود التجارية [٥]

فى العقود التبادلية وذات الطرف الواحد [٦]

٩٤ — هذه أهم العقود وأكثرها ذيوعاً فى المعاملات وفيها يتحمل

---

(١) prêt à usage اى commodat (٢) cautionnement non rémunéré
(٣) intuitu personae (٤) كابتان ص ٢٦٢ (٥) بلانيول ض ٣٢١ ن ٩٥٣
(٦) وكلمة synallagmatique تفيد المقد acte . وهذا تكرار فى التعبير لمعنى واحد فى الكلمة الواحدة tautologie

كل من طرفي العقد بالتزامات خاصة (المادة ١١٠٢ فرنسي) كالبيع والايجار والبدل والتركة

والعقد ذو الطرف الواحد هو ما التزم فيه أحد طرفيه دون الآخر (المادة ١١٠٣ فرنسي) كعارية الاستعمال وقرض النقود بفائدة أو بغير فائدة والوديعة والوكالة والكفالة (على شرط أن تكون هذه العقود الثلاثة الاخيرة بلا مقابل)

٩٥ — ولهذا التقسيم فوائد هامة وهي :

١) في العقود التبادلية يعتبر التزام كل من الطرفين سبباً (١) لالتزام الآخر أي سنده القانوني (٢) وعليه يترتب انه اذا لم يف أحد العاقدين بما التزم به فلا يلزم الآخر بالوفاء بما التزم به

٢) ان نظرية الهلاك (٣) لا يؤخذ بها ولا يرجع اليها الا في حالة العقود التبادلية لانه اذا هلك الشيء موضوع العقد وجب معرفة مَنْ مِنْ العاقدين يتحمل الهلاك ومن منهما أيضاً يكره أو لا يكره على الوفاء بالتزامه مع انقضاء التزام الآخر . أما في العقود ذات الطرف الواحد فالهلاك على الدائن كالمودع أو صاحب العارية

٣) يقضي القانون الفرنسي بعمل صور من العقود التبادلية بقدر عدد أصحاب المصلحة في العقد (المادة ١٣٢٥ و١٣٢٦ فرنسي) (٤) ولم يأخذ القانون المصري بهذه القاعدة بل رجع في تقرير وحدة العقد التبادلي الى حكم الشريعة الاسلامية

في العقود التبادلية الناقصة (٥) . يحصل أن بعض العقود ذات الطرف الواحد تصبح عقوداً تبادلية اذا اشتغلت ذمة الدائن بالتزام عند ما يصرف المودع لديه أو الامين أو الدائن المرتهن مصاريف في سبيل المحافظة على الشيء . لذا يسمى العقد ذي الطرف الواحد في هذه الحالة عقداً تبادلياً ناقصاً . ولا يعتبر التزام الدائن ناشئاً عن العقد ذي الطرف الواحد بل هو ناشيء عن عمل وقع فيما بعد اذ كان من الممكن والمحتمل أن لا يقع

---

(١) cause (٢) support juridique وهذا الدفع يسمى exception non adimpleti contractus (٣) risque ويجيز للاخر طلب فسخ العقد (المادة ١١٨٤ فرنسي)

(٤) كابتان ص ٢٦٢ - ٢٦٣ . بلانيول ص ١٣١٨ - ١٣٢٠ ن ٩٤٨ - ٩٥٠ (٥) contrat synallagmatique imparfait

في العقود الرضائية والعينية وذات الاوضاع الشكلية

٩٦ — تختلف هذه العقود عما تقدمها لا من حيث أصولها الجوهرية فحسب بل من حيث الشروط الشكلية أيضاً

فالعقود الرضائية لا يشترط في تكوينها شرط شكلي مالانه بمجرد تبادل الرضاء أي الايجاب والقبول بأى طريقة ما تنعقد هذه العقود . وأما العقود ذات الاوضاع الشكلية [1] ومنها العقود الرسمية [2] فهي على العكس من ذلك خاضعة لقيود شكلية [3] أي يجب أن تحرر بمعرفة مأمور رسمي . ومن هذه العقود عقد الهبة وعقد الرهن التأميني وعقد نقل التأمينات والكفالات في حالة الاستبدال (المادة ١٩١/٢٥٥ مدني) [4]

٩٧ — والعقود العينية هي عقود رضائية لانها لا تخضع لاى قيد شكلي وانما يلاحظ فيها بأنه لابد في تكوينها من ضرورة تسليم شيء من أحد العاقدين الى الآخر . وهذه العقود أربعة عارية الاستعمال [5] وعارية الاستهلاك [6] والوديعة [7] والرهن الحيازى [8] ولا تظهر التزامات المقترض والأمين والمرتهن بالحيازة [9] الا اذا استلموا الشيء المقترض والمودع والمرتهن لان ذلك طبيعي في هذه العقود . نعم وان كان الوعد بالقرض ، وعلى الاخص بفتح اعتماد [10] ، والوعد بالرهن وباستلام شيء أمانة ، وان كان الوعد في هذه الاحوال يعتبر في ذاته عقداً ذا طرف واحد وصحيحاً الا أنه وعد مستقل ومتميز عن القرض أو الرهن أو الوديعة . وتعتبر مثل هذه الوعود بالنسبة لهذه العقود الأخيرة عقوداً تمهيدية [11] يلتزم بها الواعد بتنفيذ وعده ويحل محلها فيما بعد ، وعند التنفيذ ، عقود القرض والرهن والوديعة ، ومن ذلك الوقت تظهر التزامات المقرض والمرتهن والمودع لديه اذ يلزمون بالمحافظة على الشيء المسلم لهم أثناء وجوده تحت أيديهم [12]

---

(١) contrats solennels

(٢) authentiques

(٣) forme notariée

(٤) كابتان ص٣٦٣ وما بعدها . ـ بلانيول ص ٣٣١ ن ٩٩٢

(٥) commodat أو prêt à usage

(٦) prêt de consommation أو mutuum

(٧) dépôt

(٨) gage

(٩) gagiste

(١٠) ouverture de crédit

(١١) des avant-contrats

(١٢) كابتان ص ٢٦٤ ، بلانيول ص ٣٣٢ ن ٩٩٥ و ٩٩٦

٩٨ — الرضاء في العقود في الشرائع الحاضرة : ان العقد في الوقت الحاضر ينعقد بمجرد التقاء ارادتي العاقدين واتحاد طرفي العقد دون أن يخضع اتحادهما الى أي قيد من القيود الشكلية . وحرية التعاقد هذه ، وهي التي لا تخضع لاي قيد شكلي ، هي من أخص أوصاف الشرائع الحاضرة . لان الاوضاع الشكلية (١) أي القيود الخارجيـة في تشخيص الارادة وابرازها الى عالم الحس لا تتفق الآن مع نمو الحركة الاقتصادية المحلية والعالمية . اذ كيف يمكن للتاجر في البورصـة مثلا أن يبيع البضائع والأوراق أو يشتريها أمام مأمور رسمي وبقيود خاصة أو يستلم الشخص مبلغاً من البنك أمام موثق. على أن للأوضاع الشكلية أثراً ظاهراً الآن بمصر عقب العمل بقانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقمي ١٨ و١٩ وسيأتي القول عنه في مكانه

٩٩ — الرضاء في العقود عند الرومان : ٢) ظل الرومان ردحاً طويلا من الزمن يعانون من القيود الشكلية في عصورهم ما عانوا اذ كانوا لا يقررون أثراً قانونياً ملزماً للعقد الا اذا أفرغ العقد في قالب شـكلي معين مرسوم من قبل . وكان القالب العام الشائع لجميع العقود هو المشارطة الشكلية (٢) وما كانت معروفة به من جمل خاصة تقال على شكل سؤال وجواب بشكل دقيق ونظام معين فـكان اذا اتفق العاقدان على عقد فلا ينعقد العقد بينهما لمجرد الاتفاق عليه بل كان لا بد من افراغه في قالب المشارطة الشكلية لتكون كساء له وانصبغه بصبغة قانونية ملزمة ذات أثر قانوني ملزم

١٠٠ — وكان لهذه القيود والاوضاع الشكلية منافع ومضار . أما منافعها فهي أن من شأن هـذه المظاهر الشكلية أن تقطع خط الرجعة على كل من يتناول العقد بالطعن فيه بالابهام والغموض . وكانت الدليل القاطع على وجود العقد .فكانت على ذلك أداة اثبات للعقود لا تقبل طعناً ما . وأما مضـارها فـكان لا بد في صحة انعقادها قانوناً من وجود العاقدين معاً وجهاً لوجه . وينتج غالباً من التقيد بالالفاظ الرسمية المعينة حرمان المتعاقدين من مزية المرونة في العقود . وكانت تضر

(١) formalisme (٢) stipulation

هذه القيود بالدائن وبالمدين ، فالدائن لا يطالب الا بقدر ما دلت عليه هذه الالفاظ بلا زيادة ، والمدين لا يستطيع الافلات مما تمت عليه هذه الالفاظ وبذا لا يملك الطعن في صحة العقد . اذ بمجرد حصول الاجابة الصادرة منه على السؤال الموجه اليه من دائنه يحق عليه الالتزام ويلزمه تنفيذه فلا يستطيع بعد ذلك العمل على تعطيل التنفيذ . وربما يلاحظ أن مثل هذه العيوب لم تكن بهذه الشدة التي نراها بها الآن، لانها عرفت في الوقت الذي كان فيه الرومان على شظف من العيش ولم يخطوا بعد في سبيل المدنية ، حيث كان رب الاسرة يكفي أسرته في قضاء حوائجها المعاشية ولم يكن في حاجة كبرى الى التعاقد مع الآخرين بطريقة مستمرة[1]

ولكن لما تقدم الرومان في طريق المدنية ضايقتهم هذه القيود وعلى الاخص عند ما اتصلوا بالشعوب الاخرى بروابط التجارة . ولما جاء عصر الجمهورية خففوا كثيراً من وطأة هذه القيود ومن أوجه الشدة التي كانوا يفسرون بها العقود وقرروا الاعتراف بالأثر القانوني لمجرد تبادل الرضاء من طرفي العقد وقد استعانوا في ذلك بالعقود العينية التي لابد فيها من نقل الشيء من يد الى يد ، مع ملاحظة ان نقل الشيء من يد الى يد لم يخرج عن كونه هو الآخر مظهراً من مظاهر الاوضاع الشكلية للعقود . ولكن لازالوا يسيرون في طريق الاخذ بمجرد الرضاء دون الاوضاع الشكلية فقرروا صحة العقد بمجرد تبادل الرضاء في البيع والايجار والوكالة والشركة وهي أكثر العقود ذيوعا في مجال المعاملات . ثم ذهب الرومان بعيداً أيضاً في هذا السبيل وتوسعوا في هذا الاستثناء اما بواسطة البريتور [2] واما في عهد القانون الامبراطوري[3] . وأخيراً أخذوا بنظرية العقود غير المسماة [4] وهي العقود التي لا تخضع لاى قيد شكلي ، ولكنها تعتبر نافذة على طرفيها بمجرد قيام أحد العاقدين بتنفيذ ما التزم به . على انه مهما تقدم الرومان في هذا السبيل فانهم كانوا يعتبرون دائما ان العقود الرضائية هي عقود استثنائية أي انهم لا يقرون العقود العارية

(١) جيرار في القانون الروماني الطبعة السادسة ص ٤٤٣ . ـ راجع مذكراتنا في القانون الروماني سنة ١٩٢٢ ـ ١٩٢٣ (٢) préteur (٣) Droit impérial (٤) contrats innommés

التى لا تخضع للقيود القانونية ، ولا يعترفون لها باداة الدعوى المنفذة لها [١]. وكلما أريد تقرير أثر قانونى للعقد خلاف العقود التى أشرنا اليها فانه كان من الواجب الاستعانة بالمشارطة الشكلية [٢] . على ان الرومان فى عصر العهد الاول للامبراطورية الرومانية قرروا بانه اذا حرر سند كتابى بالتعاقد (وكانت العادة جارية بذلك فى ذلك العهد) فان هذا السند يكون ملزماً قانوناً اذا ورد به ما يفيد حصول القيود الشكلية المقررة المشارطة الكلامية من السؤال والجواب عليه. لان مجرد ورود ذلك بالسند يفيد ان المشارطة وقعت فعلا وقانونا بقيودها الخاصة بها . وعلى ذلك أخذت المشارطة تزول هى الاخرى من عالم الوجود القانونى وأخذ السند التحريرى يحل محلها ، لا باعتباره أداة اثبات فحسب ، بل باعتباره العنصر الشكلى الضرورى فى تكوين العقد.

١٠١ — الرضاء فى العقود بعد الرومان [٣] ظهرت أمارات القيود الشكلية فى القرون الوسطى وهى القيود الخاصة بقوانين القبائل الفاتحة [٤] وهى تختلف عن القيود الرومانية كثيراً . وأخذت قيود القبائل تزول شيئا فشيئاً تحت تأثير القانون الرومانى الذى أخذ فى الظهور من جديد وتحت تأثير قوانين الكنيسة أى التشريع الدينى [٥] وذلك فى أوائل القرن الثالث . وكان العامل الاول فى ذلك رواج المعاملات ونمو الحركة الاقتصادية بما ينشأ عن هذا كله حتما من ضرورة تحرير المعاملات مما يعطلها ويحول دون رواج التعامل التجارى

١٠٢ — وأما تخفيف تلك القيود فقد حصل بواسطة تبسيط الاجراءات التى كان من الضرورى الاخذ بها وقت انعقاد العقد وبواسطة استخدام اليمين فى المجالات القانونية

١ — « **تبسيط الاجراآت** » : كانت الاجراآت [٦] المعروفة فى ذلك العهد العربون ووضع اليد فى اليد

١) — « **العربون** » [٧] كان للعربون دور هام فى البيع والايجار وبعض

---

(١) وقاعدتهم أن لا تنشأ الدعوى عن مجرد التعاقد exnudo pacto actio non nascitur (٢) stipulation (٣) دموج ج ١ ص ٨١ — ١٠٤ ن ٢٧ — ٣٩ (٤) lois barbares (٥) Droit canonique (٦) formalités (٧) les arrhes

العقود المشابهة لها . وكان العربون امارة على ان العاقدين قد ارتبطا أزاء بعضهما البعض بطريقة نهائية .

٢) ـ وضع اليد في اليد (١) . كان المتعاقدان اذا ما اتفقا مبدئياً على العقد يضع كل منهما يده في يد الآخر أمارة على أن الواحد منهما أصبح متصلا بالآخر وتابعا له وبهذا القيد يقيد المدين ويصبح تحت سلطان دائنه ويعتبر كأنه رهن لديه

٣) ـ استخدام اليمين (٢) . قرر التشريع الدينى الاستعانة باليمين أى القسم بالتعهد أمام الله أولا وبالوفاء بالالتزام للدائن ثانيا . وترفع دعوى المطالبة بالوفاء بالالتزام أمام محاكم الكنيسة. ويحكي اليمين المشارطة الرومانية فى انه هو الآخر عقد ذو طرف واحد وخاضع للاوضاع الشكلية وانه صحيح ونافذ حتى ولو لم يكن له سبب يستند اليه . وكانت اليمين كالمشارطة أيضا فى انها قالب عام تفرغ فيه العقود على اختلاف أنواعها وكان يستعان باليمين إما فى تأييد أو فى تعديل التزام سابق أو فى تقرير التزام جديد . وكان التعهد المصحوب باليمين غير قابل للسقوط بمضى المدة ولا يجوز الطعن فيه الا بالغش (٣) وكان التعهد هذا نهائياً لمجرد صدوره مصحوبا باليمين وقاطعا حتى ولو كان مخالفا لاحكام القانون المدنى أو القانون الدينى . أما أثر التعهد هذا فهو محصور فيمن تعهد فقط دون ورثته . ولما شاع الاخذ به فى مجال المعاملات استعان به الناس كاداة فى الاستيثاق من بعضهم البعض وبذا عفت آثار محظورات كثيرة كانت مقررة من قبل

وفوق ذلك فان رجال القانون الدينى (٤) أخذوا يعملون جهدهم للاقرار بالاثر الالزامى للاتفاقات المجردة عن القيود (٥) حتى ولو كانت غير مصحوبة باليمين وقرروا فى ذلك بان من لم يف بعهده فقد كذب وعلى ذلك فقد ارتكب اثما (٦)

وبهذه الوسيلة استطاع المشترعون الدينيون قطع الخطوة الاخيرة التى لم يقطعها الرومان فى سبيل تقرير الاثر الالزامى للاتفاقات المجردة (٧) . وعلى ذلك أخذ الناس يصرفون النظر عما كان قد اتبعوه من قبل من القيود الشكلية القديمة مثل دفع

(١) la paumée (٢) serment (٣) dol (٤) les canonistes (٥) simples pactes (٦) péché (٧) pacta nuda

مبلغ قرباناً لله (١) ووضع اليد فى اليد (٢) وحتى تحرير سند بالاتفاق واكتفوا بمجرد حصول الكلام من الطرفين

١٠٣ — ولكن لم تتقرر النظرية العصرية فى تحرير الاتفاق من القيود الشكلية تقريراً نهائياً إلا فى أواخر القرن الخامس عشر وقد بدأت اماراتها تظهر ابتداء من القرن الثالث عشر عما أثبته « بومانوار (٣) » فى موجزاته (٤) ولكن لم يكن لهذه الاحكام الموجزة من الأثر القانوني بقدر ما تقرر فيما بعد فى أوائل القرن السابع عشر على لسان لويزل (٥) حيث ورد بمؤلفه الخاص بالعادات (٦) ما يأتى :

« ترتبط الثيران من قرونها والرجال بأقوالهم » (٧)

١٠٤ — ١٠٥ *فى بعث القيود الشكلية فى الازمان الحاضرة :* ٢) يظهر أن القيود الشكلية أمر لا بد منه باعتبارها ضرورة اجتماعية سواء كان ذلك في الزمن الماضى أو الحاضر . وهذه القيود الشكلية إنما يرمى اليها الشارع لاجل اثبات التعاقد ولأجل تقييد القاعدة القائلة بحرية التعاقد وتحريره من كل مظهر شكلى (٨)

نعم ولو أن هناك فرقاً بين الشكل (٩) والاثبات (١٠) من الوجهة النظرية البحتة إذ الشكل فى ذاته عنصر جوهرى للعقد وبدونه لا يحيا العقد حياة قانونية ، وأما الاثبات فانه لا يتصل بالحياة القانونية للعقد ، ولكن ان صح هذا نظريا فانه غير صحيح عملياً ، إذ تزول هذه الفروق بين الشكل والاثبات وينتجان فى النهاية نتيجة واحدة ويكاد يرتفع الاثبات الى مرتبة الشكل ويساميه فى نتائجه القانونية . ذلك لان الاثبات يستحيل فى النهاية من حيث القوة القانونية الى الشكل . فاذا كان للشكل فى العقد أثر قانونى من حيث الوجود القانونى للعقد ، فكذلك الاثبات أيضاً . لانه اذا زال القيد الشكلى عن العقد فانه ينقص منه طبعاً أحد أركانه المكونة له فلا يوجد العقد ، فكذلك الحال أيضاً بالنسبة للاثبات لانه اذا زالت أداة الاثبات

---

(١) denier à Dieu (٢) paumée (٣) Beaumanoire (٤) ses fcr-mules كقوله convenances vainquent loi وقوله toutes convenances sont à tenir

(٥) Loysel (٦) Institutes coutumières (٧) On lie les bœufs par les cor-nes et les hommes par les paroles

(٨) solus consensus obligat أى le seul consentement oblige

(٩) forme (١٠) preuve

فكيف يمكن اثبات العقد ؟ ألست ترى أن الالتزام لا يحيا الحياة القانونية إلا فى ظل الاثبات ؟ فاذا امتنع الاثبات عفا أثر الالتزام أيضاً من الوجهة القانونية ، لأن الدائن لا يستطيع الاستفادة من حقه إلا اذا أثبته . واذا عجز فليس له حق من الوجهة القانونية . وعلى ذلك تكون المادة ٢١٥/٢٨٠ مدنى من أكبر مظاهر القيود الشكلية فى العصور الحاضرة . إذ لا يثبت العقد قانوناً بمقتضاها اذا زادت قيمته عن عشرة جنيهات إلا بالكتابة . وعليه فمجرد الاتفاق لا ينتج النتيجة القانونية عند الانكار بل لا بد من السند . وبذا تكون قاعدة « الرضاء ملزم وحده »[1] غير نافذة المفعول . وما القول فى شأن الهبة والرهن التأمينى واستبدال الدين ؟ أليست هذه العقود هى الأخرى قيود شكلية لا ينعقد العقد فيها قانوناً بغير مراعاة القيود المقررة حتى ولو اعترف أصحاب الشأن بالالتزام ؟ أليست هذه القيود هى هى بعينها من حيث القوة القانونية والأثر القانونى نفس القيود الرومانية سواء بسواء ؟ وما القول أخيراً فى قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ — ألم يقضِ على أثر الارادة فى نقل الحقوق العينية العقارية اذا لم تكن العقود مسجلة ؟

العقود المؤكدة والعقود الاحتمالية

١٠٦ – فرقت المادة ١١٠٤ مدنى فرنسى بين العقد المؤكد[2] والعقد الاحتمالي[3] فالعقد المؤكد هو[4] العقد الذى يستطيع فيه العاقدان معرفة مبلغ التزاماتها ومقدار ما يتحمل كل منهما بنصيبه فيها وقت انعقاد العقد . وأما العقد الاحتمالى (المادة ١٩٦٤ مدنى فرنسى) فهو العقد الذى لا يستطيع فيه العاقدان وقت انعقاد العقد لا كلاهما ولا أحدهما معرفة مبلغ الفوائد أو الاضرار التى تعود منه لأن نفاذه معقود بحادث غير محقق[5] مثل عقد المراهنة[6] والعقد الذى يتنازل فيه أحد العاقدين للآخر عن مبلغ من النقود نظير قيام هذا الآخر بدفع مرتب مقرر طول حياة المتنازل[7] ومثل العقد الاحتمالى ، عقد التأمين أيضاً

(١) solus consensus obligat (٢) contrat commutatif (٣) contrat aléatoire

(٤) لا كما عرفته المادة ١١٠٤ لان تعريفها له ينصب بطريقة عامة على العقود التبادلية

(٥) événement incertain (٦) pari (٧) rente viagère

وقد انتقد الشارحون المادة ١٩٦٤ اذ لاحظوا عليها انها جعلت النتائج الاحتمالية للعقد من جانب أحد العاقدين دون الجانب الآخر ثم قالوا بان النتائج الاحتمالية يجب أن تكون من جانب طرفى العقد سواء بسواء . ويظهر أن ملاحظاتهم هذه كانت محلا لنقد الناقدين .

١٠٧ — نعم ولو أن العقد الاحتمالى اذا انعقد بين فردين فانه من الضرورى ان يكون حظ الكسب والخسارة متبادلا بين الطرفين . أى ان النتائج الاحتمالية واقعة بالنسبة للطرفين . لانه لا بد أن يخسر الواحد منهما نظير ان يكسب الآخر كما نلاحظ ذلك فى عقد المراهنة وفى عقد ترتيب معاش (طول حياة المقرض) . ولكن الامر على خلاف ذلك فيما اذا كان العقد عقد تأمين ، أى العقد الذى يعقده فرد مع شركة تحترف بعملية التأمين . ذلك لان عمل الشركة ينحصر فى هذه الحالة ، وهى ضم المؤمن عليهم [١] الى بعضهم البعض وتنظيم حالة التبادل فيما بينهم [٢] فاذا وقع الحادث [٣] المؤمن من أجله ، جمعت الشركة الاقساط [٤] المدفوعة من المؤمن عليهم ودفعت منها التعويضات المتفق عليها لمن نزل به الحادث منهم واضرّ به . أى ان الشركة لم تتحمل هى بضرر ما [٥] من مالها الخاص . اذ النتائج الاحتمالية هى فى الحقيقة بالنسبة للمؤمن له لانه بدفعه للقسط انما يريد ان يأمن غوائل الحادث الذى ربما يقع فيضر به[٦] ولكن أليس الأمر كذلك بالنسبة للشركة ؟ ذلك لانه عند عدم وقوع الحادث فانها هى التى تستفيد بالاقساط المدفوعة اليها دون ان ينتفع بها المؤمن لهم . كذلك يلاحظ كولين وكابتان (ج ٢ ص ٢٦٨) ان عقد المراهنة المتبادلة [٧] فى سباق الخيول لا يعتبر احتمالياً بالنسبة للحكومة التى تتقاضى جزء بسيطاً من مجموع المراهنات . اذ هذا المجموع يوزع على المتراهنين بما يدفعونه هم أنفسهم . [٨]

---

(١) les assurés (٢) une mutualité (٣) sinistre (٤) primes (٥) risque
(٦) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٦٧ ـ ٢٦٨ (٧) pari mutuel (٨) كابتان ص ٢٦٧ ـ بلانيول ص ٣٢١ ن ٩٥٤ وما بعدها .

في شروط انعقاد العقود

وشروط صحتها

١٠٨ — شروط انعقاد العقد ثلاثة : رضاء العاقدين ، ومحل العقد ، وسبب العقد . وشروط صحة العقد أهلية المتعاقدين وان لا يكون الرضاء مشوباً بغلط أو غش أو اكراه أو بغبن احياناً

ويراد بانعقاد العقد وجوده وانشاؤه [1] فاذا نقص شرط من شروط انعقاده اصبح العقد باطلا بطلاناً كلياً [2]

ويراد بصحة العقد [3] الشروط التي بدونها يعتبر قابلا للبطلان [4] . أي ان العقد يوجد قانوناً ولكن يوجد وهو مشوب بعيوب تهدده بالبطلان .

وقد سبق لنا أن تكلمنا على الاهلية فلا نرجع اليها ونتكلم الآن على ما بقي بعدها

١) في الرضاء

١٠٩ — للرضاء [5] معنيان . اما أن يراد به التقاء الارادتين [6] أو اتحاد الارادتين وهذا ما قرره علماء القانون من زمن واصطلحوا عليه [7] . هذا الرضاء هو الذي بمقتضاه يتكون العقد وعنه يتولد الالتزام (أي الالتزام في العقد ذي الطرف الواحد) أو تتولد عنه التزامات مختلفة (اذا كان العقد تبادلياً)

ولكن يظهر ان واضعي القانون الفرنسي أرادوا بالرضاء في المادة ١١٠٨ غير ما أراده السابقون اذ أشارت هذه المادة الى « رضاء العاقد الذي يلتزم » [8] وهو تعبير صحيح اذا قارناه بتعريف الاولين للرضاء، ذلك التعريف الذي لا يحتم في الرضاء قبول المدين فقط بل قبول طرفي العقد . فكأن القانون الفرنسي جعل انعقاد العقد معلقاً على رضاء المدين فقط دون رضاء الدائن . وهذا لا يمكن ان يقوله القانون . بل

(١) formation أو existence (٢) nullité absolue (٣) validité (٤) annulable
(٥) consentement (٦) concursus volontatum (٧) conception classique
(٨) la partie qui s'oblige

كل ما أراده الشارع الفرنسي من كلمة الرضاء انما هو المعنى العادى الذى اصطلح عليه الناس [1] وهو رضاء الشخص المعروض عليه بما يعرض عليه [2] فالدائن يملى على مدينه شروط العقد . فاذا رضى المدين بها انعقد العقد [3]

وهذا هو ما فعله الشارع المصرى بالمادة ١٢٨ / ١٨٨ مدنى . التى قررت ما يأتى : « من عقد مشارطة تعهد فيها بشيء ولم يكن ذا أهلية للعقد أو لم تكن مبنية على رضاء صحيح منه [4] فلا يكون ملزماً بوفاء ما تعهد به فى تلك المشارطة » وعبارة « رضاء صحيح منه » ترجع الى المدين الذى يلتزم . وهو تعبير يحكى تعبير المادة ١١٠٨مدنى فرنسى. ويؤيد ذلك المادة ١٣٣ / ١٩٣ مدنى . وعلى هذا يكون الشارع المصرى أراد من كلمة رضاء المدين ليس رضاء المدين فقط بالعقد بل رضاء المدين بناء على ما عرضه عليه الدائن . لانه يستحيل قانوناً انعقاد العقد برضاء واحد دون الآخر

١ — في القبول بعد العرض

١١٠ — اذا كان العاقدان حاضرين انعقد العقد بسهولة كما اذا تعاقدا أيضاً بالتلفون ولكن يحصل أن يتعاقد الطرفان وهما بعيدان بعضهما عن البعض وهو مايقع غالباً فيقوم أحد العاقدين بالعرض على الآخر [5] ثم يظهر العاقد الآخر رغبة فى قبول العرض [6] ونرى الآن التكلم على العرض فى ذاته وآثاره القانونية . ثم نتكلم بعد ذلك على القبول وآثاره فى تكوين العقد أى متى يعتبر العقد معقوداً هل من وقت القبول أو من وقت علم العارض بقبول المعروض عليه

١١١ — *ماهى أذن نتائج العرض أو آثاره القانونية ؟* يجب قبل التكلم على العرض فى ذاته التفرقة بين مجرد العرض البسيط [7] والوعد المقبول [8] فالوعد المقبول هو أن الواعد يعد بشيء من الآن فيقبل الموعود له هذا الوعد ، ويرجع فى تحقيق الوعد الى رغبة الموعود له . كما اذا أجَّرَ زيدٌ لبكر عزبة لمدة ثلاث سنوات

(١) acception populaire (٢) adhésion à une proposition (٣) كابتان ص ٢٦٩
(٤) n'a pas donné un consentement valable
(٥) offre او pollicitation (٦) acceptation (٧) offre simple (٨) promesse acceptée

ثم وعد زيد بكراً بأنه يعده من الآن بأن يبيع له هذه العزبة فى نهاية ثلاث السنوات بثمن قدره كذا اذا رضى بكر بذلك . فاذا رضى بكر بهذا الوعد انعقد بين زيد وبكر عقد ، نظراً لالتقاء الارادتين معاً وهذا العقد هو الوعد بالبيع (١) فاذا انتهت ثلاث السنوات وأراد بكر أخذ العزبة شراء صح له ذلك وألزم زيداً بتوقيع البيع ، فان لم يوقعه، وقعه القاضى نيابة عنه ، ولكن بعد صدور قانون التسجيل رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ لا يمكن أن تنقل الملكية العقارية الا بالتسجيل . وعلى ذلك لا يملك القاضى فى حالة نقل الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية أن يقضى بنقل هذه الحقوق . لان هذه الحقوق لا تنقل الآن الا بالتسجيل . انما ننصح لبكر فى ارتباطه مع زيد أن يسجل العقد الذى ثبت فيه الوعد بالبيع ، حتى اذا ماجاء وقت تحقيق الوعد ولم يف الواعد قضى القاضى بالملكية ، وقضاؤه هنا صحيح لأن العقد مسجل .

هذا هو الوعد المقبول وهو غير الوعد البسيط الذى لم يقبل بعد . فما هو إذن ذلك الوعد البسيط ؟ وما هى آثاره القانونية (قبل قبوله طبعاً من المعروض عليه) . فهل يلتزم العارض (٢) بمجرد عرضه ؟ .

١١٢ — أجاب على ذلك بوتييه بقوله إن مجرد العرض البسيط لا ينتج عنه التزام ما بالمعنى القانونى . وأنه يجوز للعارض أن يسحب عرضه (٣) طالما أنه لم يقبل من المعروض عليه . وأنه لا يقرر التزام عن العرض الا اذا تقرر حق للشخص المعروض عليه العرض . ثم يقول بوتييه بأنه « اذا لم أكن لأستطيع نقل حق من حقوقى بمحض إرادتى الى الغير فى حالة عدم رضاء ذلك باكتساب هذا الحق ، كذلك لا يمكننى بمجرد وعدى البسيط أن أجعل الغير مالكاً لحق من حقوقى الخاصة بى ، الا اذا رضى هذا الغير باكتسابه أى بقبوله لوعدى . »

ويترتب على مذهب بوتييه هذا أن للعارض أن يسحب عرضه طالما أنه لم يقبل من المعروض عليه . ويترتب عليه أيضاً أن العرض يسقط بموت العارض أو بزوال الأهلية عنه قبل القبول (٤) ويظهر أن أصحاب هذا الرأى يؤيدونه بالمادة ٩٣٢ مدنى

---

(١) promesse de vente (٢) pollicitant (٣) dédire (٤) د ، ٩٢ ، ١ ، ١٨١ — س ، ٩٠ ، ١ ، ٣٩٨

فرنسى الخاصة بالهبة حيث تقرر هذه المادة بأن قبول الهبة من الموهوب له يجب أن يكون حاصلا فى حياة الواهب . وفى ذلك تقول المادة ٥٠ / ٧٢ مدنى ما يأتى : « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقد أهليته للتصرف قبل الموهوب له . » أى أن المادتين ٩٣٢ الفرنسية و ٥٠ / ٧٢ المصريه تتحدان فى المعنى وان اختلفتا فى اللفظ .

وقد نقد الناقدون هذا الرأى ورأوا انه لا يتفق مع الظروف الحاضرة والتعامل فى الازمان الحالية . لانه كيف يتفق هذا المذهب مع ما يجرى عليه العمل الآن من أن العارض يحدد المعروض عليه مدة ليقرر فيها القبول أو عدم القبول وهى مدة الخيار [1] أليس من شأن تحديد مدة الخيار هذه أن العارض لا يعتبر حرا فى سحب عرضه والعدول عنه قبل مضى المدة المضروبة ؟

لذلك رأى بعض الشارحين الاخذ بمذاهب أخرى تخفف من وطأة هذا المذهب

١١٣ — أما هذه المذاهب الجديدة فهى :

١) **نظرية التعويض** : يقول أصحاب هذا المذهب بانه يجوز للعارض أن يرجع فى عرضه طالما انه لم يقبل بعد . انما اذا كانت له حرية الرجوع فانه مع ذلك يصبح مسئولا عن رجوعه قبل قبول العرض . لان العارض فى رجوعه عن عرضه انما يرتكب جنحة مدنية . وعلى ذلك يجوز للمعروض عليه مطالبته بتعويض نظير الاضرار التى أصابته من اعتماده على هذا العرض ، ولترتيب أعماله بناء على هذا العرض .

غير ان الناقدين لهذه النظرية يلاحظون عليها انها لم تأت بشىء جديد بالنسبة للنظرية السابقة اذ لم تخرج عن كونها حلت الاشكال بالاشكال نفسه . لان الذى يجب معرفته هو ،هل يجوز لصاحب العرض أن يسحب عرضه أولا يجوز ؟ فاذا جاز له سحبه فلا تبعة عليه من ذلك مادام انه ينتفع بحقه انتفاعا عاديا لا يريد به اضراراً للغير . على انه ماذا يتناول التعويض ؟ انه يتناول ما فات المعروض عليه من الكسب [2] أى كل ما كان يعود عليه من المكسب فيما لو تم العقد

(١) délai d'option (٢) lucrum cessans

٢) *نظرية التمهيد للعقد* [1] يقول أصحاب هذه النظرية أن الغرض مع تعيين مدة للخيار انما هو عقد مسوغ لالتزام تعاقدى يلتزم به العارض . لان الغرض مع تعيين مدة للخيار يتكون فى الحقيقة من عرضين : عرض ينتظر فيه صاحبه قبول المعروض عليه لانعقاد العقد . وعرض يتعهد به صاحبه عدم المساس به مدة الخيار . والمفروض أن المعروض عليه قد رضى بهذا العرض الثانى فيما اذا وصل الى علمه لانه فى مصلحته وعلى ذلك يعتبر من وقت ان وصل العرض الثانى الى علم المعروض عليه قد تكوّن بين الاثنين عقد تمهيدى يراد به أن العارض لايسحب عرضه قبل انتهاء مدة الخيار . فاذا رضى المعروض عليه بما عرضه صاحب العرض تكوّن العقد حينئذ بين الطرفين وجاز للدائن مطالبة مدينه بالوفاء بما التزم به

هذا وقد قال أصحاب هذا المذهب بانه يجوز الاخذ به فى حالة ما اذا لم يكن العرض مصحوباً بمدة للخيار ، لانهم يقولون بان مثل هذه المدة مفروض وجودها بالعرض أى أن صاحب العرض فى عرضه قد رضى ضمناً بعرضه أن ينتظر مدة يتمكن فيها المعروض عليه من الخيار حتى يفحص ماعرض عليه ويفصح عن رغبته [2]

وقد توسع الآخذون بهذه النظرية الى حد انهم قالوا بانه لا يجوز لصاحب العرض أن يسحب عرضه حتى لو كان العرض لم يصل بعد الى علم المعروض عليه مادام انه قد التزم وحده ومن جهته بعدم سحب العرض [3] ذلك لأنه من المقرر أن الافصاح عن الارادة من جانب واحد [4] هو مصدر من مصادر الالتزامات ولانه ليس من المستحيل منطقياً أن يعتبر الشخص ملتزماً بمجرد أن أفصح عن ارادته فى ذلك قبل أن يقبل المعروض عليه العرض حتى ولو لم يعلم بعد بالعرض . والأمثلة عديدة على وجود أحوال يصبح فيها الشخص دائناً على غير علم منه . كما اذا قام الغير بادارة أعمال شخص دون أن يعلم الأخير بذلك . وكالشخص الذى يحصل لأجله التعاقد [5] وكالشخص الذى يصاب بضرر فيصبح دائناً بالتعويض طبقاً للمادة ١٥١/ ٢١٢ مدنى و١٣٨٢ فرنسى . وكالشخص الذى يشترى عقاراً مرهوناً ثم يعمل على

---

(١) avant-contrat (٢) د ٩٢ ، ٣٩٠٠٢ (٣) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٧٢
(٤) unilatérale (٥) stipulation pour autrui

تخليصه من الرهن [1] فيعرض على الدائنين المرتهنين أن يدفع لهم ثمن العقار . كذلك أيضاً فيما اذا تعينت ثمن جائزة [2] بواسطة الاعلان فى الصحف أو غيرها لمن يجد ورقة ضائعة فوجدها شخص ولم يعلم بعد بهذا الاعلان ففى هذه الحالة يعتبر الشخص مع ذلك دائناً بالجائزة . وهذا ما قرره القانون الالمانى فى المادة ١٤٥

وعلى ذلك وبياناً لما تقدم يمكن فى النهاية الأخذ بما يأتى :

١١٤ ـ ١) ما دام صاحب العرض لم يسحب عرضه فانه يجب اعتباره فى هذه الحالة مرتبطاً بعرضه من وقت أن عرضه. وعلى ذلك لا يترتب على وفاة صاحب العرض بطلان عرضه وزواله ـ بل يظل العرض ملزماً لورثته. فاذا جاء صاحب العرض وقدم عرضه للحكومة مثلا بشأن التعهد بعمل من الأعمال العامة معلن عنه بطريق المناقصة ثم مات أصبحت ورثته ملزمين بهذا العرض . وقد يمكن الاحتجاج على هذا الرأى بالمادة ٥٠/٨٢ مدنى و ٩٣٢ فرنسى التى قررت فى الهبة بضرورة علم الواهب برضاء الموهوب اليه فى حال حياة الواهب. ولكن يلاحظ على هذا الاعتراض أن الاحكام المقررة فى الهبة هى أحكام خاصة روعيت فيها ضرورة التشدد نوعاً ما حتى لا يلحق بالواهب وبأسرته ضرر من جراء عمل لا مقابل له

٢) ان العرض يربط العارض أى أن صاحب العرض يلتزم بعرضه [3] ولكن بمَ يلتزم ؟ أنه لا يلتزم بالعقد الذى يعرضه على المعروض عليه انما يلتزم بأنه يتعاقد فيما بعد مع المعروض عليه . وهذا هو ما يستفاد من نظرية التمهيد للعقد . ومع ذلك اذا جاء المعروض عليه ورضى بما عرض عليه فان الالتزامات الناشئة عن العقد تتكون فى الحال ومن ذلك الوقت. فاذا فقد العارض أهليته كأن أفلس قبل أن يرضى المعروض عليه فلا ينعقد العقد قانوناً لان رضاء المعروض عليه لا يلتقى مع رضاء صحيح من قبل العارض الذى زالت أهليته

---

(١) purger (٢) récompense (٣) ويقول القضاء المصرى بان الوعد من طرف واحد لا ينشىء التزاما حتى يقبله الطرف الآخر . م ت ق ، ١٠ ، ٣٢٢ وان لصاحب العرض سحب عرضه طالما انه لم يقبل بعد : م ت ق ، ٣٦ ، ٣٢ . ـ وانه اذا مات البائع قبل صدور القبول فليس للمتعاقد معه ان يقبل لانه يشترط لانعقاد البيع اجتماع الارادتين فى وقت واحد وقد انعدمت ارادة الموجب بموته . استئناف ٩ مارس سنة ٩٢٠ المحاماة ٤ ص ١٥٠ عدد ٣٤٧

٣) لا يجوز سحب العرض قبل انتهاء المدة المعينة أو المفروض تعيينها للمعروض عليه. وبعد مضى هذه المدة يجوز سحب العرض طالما انه لم يقبل من المعروض عليه. هذا ومن المقرر انه اذا تعينت المدة بالفعل فانه بمجرد فواتها دون رضاء من المعروض عليه يعتبر العرض باطلا لاوجود له [1]

٢ — فى انعقاد العقد بالمكاتبة

١١٥ — اذا حصل التعاقد بالمكاتبة فمتى ينعقد العقد ؟ أى فى أى وقت يعتبر العقد معقوداً بين الطرفين ؟ هل ينعقد العقد بمجرد رضاء المعروض عليه بالعرض أو انه ينعقد عند ما يصل القبول الى علم العارض ؟ [2]

ان فى معرفة وقت انعقاد العقد أهمية ظاهرة . لأنه اذا قيل بالرأى الاول أى بانعقاد العقد بمجرد رضاء المعروض عليه بالعرض اصبح غير جائز لصاحب العرض سحب عرضه . واذا أخذ بالرأى الثانى جاز لصاحب العرض ان يرجع فيه طالما ان القبول لم يصل الى علمه كأن يسحبه ببرقية بينما خطاب القبول فى الطريق

وللتفرقة أهمية أخرى فيما يتعلق بالمكان الذى ينعقد فيه العقد ، وذلك بالنسبة للاختصاص وتفسير العقد . لان قانون المرافعات قرر بالمادة ٣٤ / ٣٥ و٤٢٠ فرنسى جواز مخاصمة المدعى عليه امام محكمة الجهة التى حصل فيها الاتفاق والتسليم . أى التى انعقد فيها العقد وحصل فيها التسليم ، ولانه من المقرر على العموم ان العقد اذا تحرر بين شخصين مقيمين فى بلدين مختلفين وجب ان يخضع لقانون البلد الذى انعقد فيه هذا العقد من حيث شروط انعقاده وشروط صحته وبيان نتائجه القانونية

أما الآراء فانها لم تتفق بعد على الأخذ بنظرية دون الاخرى بل لازال الخلاف

---

(١) كابتان ص ٢٧٠ — ٢٧٣ . — بلانيول ص ٣٢٧ — ٣٢٩ ن ٩٧٥ — ٩٨٤ — دى هلس ج ١ ص ٤٧٥ — ٤٨١ ن ١ — ٢٥

(٢) الرأى الثانى : استئناف م ٣٠ يناير سنة ٩٦ م ت ق ٨ ، ١٠١ . — ١٠٢ ، ٣٢٢ . — ٣٤ ، ١٥٧ و ٢٢٧ . — ٣٥ ، ٤٦ . — استئناف ٢٦ مارس سنة ١٩١٢ م ر ١ ، ٣ ص ١٨٣ . — وأغلب الشارحين الفرنسيين على هذا الرأى أيضاً . بلانيول ج ٢ ص ٣٣٠ ن ٩٨٦ . — راجع أيضاً فى بلانيول ن ٩٨٥ و ٩٨٧ و ٩٨٨ — ٩٩٠

قائما فى القضاء وفى الفقه ، اذ يرى البعض[١] الاخذ بنظرية الانعقاد لمجرد العرض[٢]. أى ان العقد ينعقد بمجرد قبول المعروض عليه عرض العارض لان هذا القبول هو الذى يحكم رباط الالتزام ولأن وصول الرضاء الى علم العارض لايزيد شيئاً على النتائج القانونية الخاصة بهذا الرضاء . ويستند أصحاب هذا الرأى الى المادة ٥١٢ فقرة ٢ / ٦٢٥ مدنى و ١٩٨٥ فرنسى وهى القائلة بان الرضاء بالوكالة من جانب الوكيل يجوز ان يحصل ضمناً ويتحقق من قيام الوكيل بتنفيذ الوكالة . ويقولون بأن هذه المادة لم تشترط علم الموكل برضاء الوكيل أى بتنفيذ الوكالة

ويستند أصحاب المذهب الثانى الى المادة ٥٠ / ٧٢ مدنى و ٩٣٢ فرنسى فى أن الهبة لا تصح الا اذا وصل رضاء الموهوب له الى علم الواهب . ويرد أصحاب المذهب السابق على أنصار هذا المذهب بأن أحكام الهبة أحكام خاصة ولا يجوز الأخذ بها فى تقرير القواعد العلمية الخاصة بالقانون العادى العام . هذا وان اشتراط علم الواهب برضاء الموهوب له انما هو شرط خاص بالواهب فقط . أى انه يجوز للواهب سحب عرضه للهبة قبل ان يصل اليه علم الموهوب له . أما الهبة فى ذاتها وفى غير ذلك فهى صحيحة بالنسبة للوجهات الأخرى : فاذا مات الموهوب له فى الفترة بين القبول وابلاغ القبول للواهب جاز لورثة الموهوب له قبول الهبة (المادة ٥١ / ٧٣ مدنى وليس لها مثيل فى القانون الفرنسى ولكن قال بها الشراح الفرنسيون[٣]

٣ — الافصاح عن الارادة فى التعاقد

١١٦ — الافصاح عن الارادة اما ان يكون صريحاً[٤] أو ضمنياً[٥] ويرى كولين وكابتان (ج ٢ ص ٢٧٤) استبدال الصريح بالمباشر[٦] والضمنى بغير المباشر[٧]

فالإفصاح المباشر هو ما أريد به الالتزام بعبارة صريحة فيقرر الملتزم شفهاً أو بطريقة غير شفهية ما يفيد التزامه . ومثل الالتزام المقرر بطريقة غير شفهية مثل من

(١) كابتان ص ٢٧٣ (٢) système de l'émission (٣) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٧٤
(٤) manifestation expresse (٥) manif. tacite (٦) manif. directe
(٧) manif. indirecte

يرسل بضاعة مسجلة بالبريد ؟ وكصاحب الفندق الذى يحجز الغرف التى طلب منه حجزها ، ومثل من يزايد فى مزاد علنى فيعمل اشارة برأسه للمنادى فى المزاد [1] بانه يزيد على من قرر قبله الزيادة ، وكذلك ايضاً الهبة اليدوية من الواهب الى الموهوب له [2]

واما الافصاح غير المباشر فهو ما استفيد من عمل ينم بلا شبهة عن غرض الشخص . فمثلا تسليم الدائن سند الدين للمدين دون أخذ الدين منه دليل على الهبة غير المباشرة من الواهب للموهوب له . وكذلك المستأجر الذى يظل مقيما بالمكان المؤجر له بعد انتهاء الاجارة : اذ يستفاد من ذلك انه يريد استئجار المحل مدة ثانية . وهذا ما يسمى بتجديد الايجار [3] (المادة ٣٨٦ / ٤٧١ مدنى و ١٧٥٩ فرنسى)

٤ — السكوت والرضاء

١١٧ — يمكن اعتبار السكوت [4] فى الالتزام أنه لا يفيد الرضاء المباشر أوغير المباشر . لان من يلتزم السكوت لا يعمل عملا خارجياً ينم عن الافصاح عن إرادته . ولكن يجوز أن سكوته قد يترجم أحياناً عن الافصاح عن إرادته . وقد كتب فى ذلك الشارحون وأفاضوا فى المانيا وايطاليا

ويوجد بالقانون المصرى ما يشير الى أن السكوت يعتبر رضاء اذ تعتبر المادة ٣٨٦ / ٤٧١ مدنى و ١٧٥٩ فرنسى ، الخاصة بتجديد الايجار بمجرد بقاء المستأجر ، دالة على الرضاء بطريق السكوت من جانب المؤجر . اذ بينما يوجد افصاح غير مباشر من جانب المستأجر ، يوجد بجانبه مجرد سكوت من جانب المؤجر ، فبينما يتكون الالتزام من جهة المستأجر ببقائه فى العين المؤجرة اليه ، فان هذا الالتزام يتم ويتأكد من جهة المؤجر بسكوته ، ذلك السكوت الذى يترجم عن الرضاء . وبالافصاح غير المباشر وبالسكوت يتكون عقد جديد بنفس شروط العقد الاول وقيوده

وهل يمكن الاستعانة بالمادة ٣٨٦ / ٤٧١ مدنى الخاصة بتجديد عقد الايجار فى القول بجواز تجديد عقود أخرى بواسطة الافصاح غير المباشر مع السكوت . أى هل تعتبر المادة ٣٨٦ مقررة لقاعدة عامه وهى جواز تجديد للعقد القديم بالافصاح غير

(١) crieur (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٧٤ (٣) tacite reconduction
(٤) silence

المباشر من جانب آخر ؟ المسألة خلافية بين الشارحين والقضاء وعلى الاخص فيما يتعلق بتجديد عقد العمل [١] وعقد التأمين [٢] الا أنه مع القول بأن المسألة خلافية فان القضاء الفرنسي اعتبر السكوت رضاء [٣] فى الأحوال الآتية :

١) يعتبر السكوت رضاء فيما اذا كان قد سبق للطرفين تعامل سابق . فاذا كتب صاحب مطعم لتاجر يبيع الزبدة — وكان من عادة هذا التاجر أن يورد له الزبدة كل عام — بأنه يعول عليه فى الحصول على زبدة هذا العام ولم يرد عليه التاجر اعتبر السكوت هذا رضاء منه أى قبولا بتوريد زبدة هذا العام [٤]

كذلك اذا اعتاد وكيل أشغال أو وكيل بالعمولة [٥] على أن يجرى أعمالا عديدة للموكل [٦] فانه يعتبر ملتزماً بسكوته فيما اذا كتب له موكله بتكليفه بعمل من الاعمال ولم يرد عليه بالسلب . وقد قرر هذه القاعدة القانون التجارى الالمانى بالمادة ٣٢٣ وكذلك القانون المدنى الألمانى بالمادة ٦٦٣ وبهذا المعنى أيضاً قانون الالتزامات السويسرى (المادة ٣٩٥)

٢) ويرى القضاء الفرنسي ايضاً أن « الفاتورة » اذا أرسلت من التاجر الى مشترى البضاعة وكان بها شرط من الشروط الخاصة وسكت المرسل اليه دون الاجابة سلباً أو ايجاباً عن هذا الشرط اعتبر سكوته رضاء وقبولا به [٧] فاذا تم العقد بين البائع والمشترى للبضاعة وأرسل البائع « فاتورة » مع البضائع بأن الثمن يدفع بمحل البائع ، دون أن تحصل مناقشة بشأن هذا الشرط وقت انعقاد العقد ، وسكت المشترى دون اظهار رغبته فى عدم الأخذ بهذا الشرط ، اعتبر سكوته هذا مترجماً عن رضائه به . وحجة القضاء الفرنسي هى المادة ١٠٩ تجارى القائلة بالأخذ بالفاتورة كسند اثبات اذا رضى بها المرسل اليه [٨] نعم ولو ان عادة تأشير المشترى على الفاتورة بقبوله بما جاء بها قد اندثرت مع الزمن ولم يعد الناس يعملون بها الا أن القضاء الفرنسي يرى فى سكوت المرسل اليه رضاء بالفاتورة [٩] على اننا نلمح فى هذا القضاء

---

(١) contrat de travail (٢) contrat d'assurance (د ، ١٩١١ ، ٢ ، ١٢٩ ومقال « ديموج Demoge ») (٣) acquiescement (٤) (قارن د ، ١٩٠٨ ، ٢ ، ٣١٣) (٥) commissionnaire (٦) commettant (٧) adhésion (٨) facture acceptée

(٩) د ، ١٩٠٩ ، ١ ، ١٧٣ ، س ، ١٩٠٩ ، ١ ، ١٣٦

خطورة محدقة بالمشترى : لأن من نتائج الأخذ بهذا المذهب ، القائل باعتبار السكوت رضاء ، حرمان المشترى من حق المقاضاة أمام محكمته اذ يصبح خاضعاً لاختصاص محكمة محل دفع الثمن وهو محل اقامة البائع (المادة ٣٤ فقرة ٣٥/٧ مرافعات و ٤٢٠ فرنسى) وهذا مخالف للقاعدة المقررة فى الوفاء بالدين بأن الوفاء يحصل بمحل المدين[١] ولا يحمل الدين الى محل الدائن[٢]

١١٨ ـ وفيما عدا هذه الاحوال السابقة لايعتبر السكوت رضاء . ولا يجوز الاستناد الى هذه القاعدة القائلة « من لم يقل شيئاً يعتبر راضياً[٣] » ولا تعميم القاعدة الرومانية القائلة « من يسكت فانه يظهر بأنه رضى[٤] » بل الاصل أن السكوت لا يعتبر رضاء وذلك كما فى الاحوال الآتية :

١) اذا أرسل صاحب مصرف مالى الى شخص خطاباً يخبره فيه بأنه قيد اسمه ضمن المشتركين فى أسهم شركة من الشركات وانه قيد بدفاتره أنه أصبح مديناً له بقيمة الاسهم التى قيدها باسمه ، ثم التزم المرسل اليه الصمت دون الاجابة على هذا المالى ، فلا يعتبر سكوته هذا رضاء بما كتب به اليه[٥]

٢) قرر القضاء الفرنسى بان صاحب الجريدة اذا ارسلها الى شخص وطلب اليه ان يردها الى ادارة الجريدة اذالم يشأ ان يكون مشتركا فيها أو يجدد الاشتراك فيها ، ثم سكت المرسل اليه فلا يعتبر سكوته هذا قبولا منه[٦] الا اذا استلم الصحيفة بطريقة مستمرة واخذ يطالعها بعد فض غلافها[٧]

٥ — فى عيوب الرضاء

١١٩ — عيوب الارادة[٨] أو عيوب الرضاء هى الشوائب التى تشوب العقد فتفسد صحته أو تكوينه . وهذه العيوب هى الغلط والغش والاكراه . ويضاف اليها الغبن

---

(١) la dette est quérable (٢) la dette n'est pas portable (٣) qui ne dit mot consent (٤) qui tacet consentire videtur (٥) (د ، ٧٠ ، ١ ، ٢٥٧ ـ س ، ٧٠ ، ١ ، ٣٤١) (٦) (د ٨٢ ، ٢ ، ٢٠٦ — س ٨٣ ، ٢ ، ٨) (٧) دى هلس ج ١ س ٤٧٦ ن ٦ (٨) vices de la volonté

١ . — فى الغلط [1]

١٢٠ — الغلط[2] هو الاعتقاد الفاسد أو غير الصحيح بما يخالف الحقيقة أو هو الاعتقاد بصحة شيء كاذب أو الاعتقاد بكذب شيء صحيح .

والغلط على نوعين غلط فى القانون وغلط فى الوقائع

فالغلط الحاصل فى القانون [3] هو فهم مسئلة قانونية من طريق الخطأ . والغلط فى الوقائع [4] هو الخطأ فى تقدير واقعة معينة . فاذا بعت بصفتى قيماً عقاراً مملوكا لمحجورى دون أخذ رضاء المجلس الحسبى معتقداً ان البيع لا تتوقف صحته على اجازة المجلس الحسبى : فهذا هو الغلط القانونى. وإذا بعت عقاراً معتقداً انه لازال فى ملكى بينما سبق أن تصرفت فيه . فهذا هو الغلط فى تقدير الوقائع

والغلط فى القانون أو فى الوقائع يعيب الرضاء الخاص بمن وقع من جانبه الغلط وعلى ذلك لا محل للتفرقة بين نتائج هذا ونتائج ذاك ومن وقع فى الغلط جدير بحماية القانون له . والحماية لازمة على الأقل فى حالة ما اذا كان الغلط قد أثر على الرضاء تأثيراً ظاهراً أو بعبارة أخرى اذا كان الغلط هو الذى حمل العاقد على الالتزام بحيث اذا لم يحصل الغلط ما كان العاقد ليلتزم مطلقاً . أما الاخذ بهذا القول عملياً فلم يكن بالامر السهل. ولقد ترتب عليه أخذ ورد بين الشارحين بما افاضوا فيه من دقة البحث وبعد النظر كما سيتبين مما يلى .

١٢١ — ***الغلط عند الرومان*** : كان الرومان فى بادىء أمرهم يعولون على الصيغة التى أفرغ فيها العقد أكثر من تعويلهم على أغراض المتعاقدين. فاذا ما أفرغ العقد فى القالب المعد له من قبل صح الالتزام ولا يعبأ فيما بعد بما يدعيه الملتزم من الغلط حتى لو كان وقوعه فى الغلط بسبب غش قام به العاقد الآخر

ولكن ما عتم أن سقط هذا المبدأ القديم بحكم الزمن وظهر مبدأ جديد فى عصر الجمهورية وهو المبدأ الذى نادى بضرورة احترام ارادة العاقد . وقيل فى ذلك الزمن « من وقع فى الغلط لايصح تعاقده » [5]

---

(١) دموج ج ١ ص ٣٦١ ـ ٤٧٩ ن ٢١٩ مكررة ـ ٢٩١ (٢) erreur (٣) erreur de droit (٤) erreur de fait (٥) non videtur qui errant consentire اى celui qui est dans l'erreur ne peut pas contracter

ولكن مع الأخذ بهذه القاعدة الجديدة فان الرومان لم يتركوا مطلقاً الأخذ بالمبدأ القديم ولم يعولوا على المبدأ القائل بالبحث فى نفسانيات المتعاقدين والتعرف على ارادتهم ، بل لازالوا مصرين على اعتماد ما ظهر به العقد خارجياً أى على المظهر الخارجى للارادة فى التعاقد . ولذا لم يصل القانون الرومانى فى هذا الشأن الى نتائج تتفق مع العدالة كل الاتفاق . ولكنه قد اعترف بالغلط فى الاحوال التى يكون فيها الافصاح عن الارادة غامضاً [(١)] أو لا يمكن تحقيقه [(٢)] وهذه الاحوال المانعة من حصول الرضاء بسبب الغلط هى ما يأتى

١) **الغلط الواقع فى نفس التعاقد** [(٣)] أى الغلط الذى يقع بشأن الحقيقة القانونية للعقد . ولا يمكن حدوث ذلك الا فى العقود غير الشكلية . فاذا أراد شخص من العقد البيع وأراد العاقد الآخر من العقد الايجار ، فلا ينعقد العقد

٢) **الغلط فى محل العقد** [(٤)] أى الغلط الذى يقع فى الشيء الذى كان محلا للتعاقد. فاذا كان البائع يبيع عقاره الموجود بجهة كذا بينما المشترى يظن أن المبيع له هو العقار الآخر الموجود بالجهة الأخرى فلا يصح العقد . ويلحق بهذه الحالة حالة الغلط الواقع فى جوهر أو مادة محل العقد [(٥)] فاذا اشترى المشترى شيئاً باعتباره من الذهب فظهر انه من النحاس فلا ينعقد العقد ، على شرط أن يكون العقد من العقود الخاضعة لحسن النية [(٦)]

٣) **الغلط فى شخص العاقد** [(٧)] هذا الغلط فى شخص العاقد كان دائماً عند الرومان سبباً فى إبطال العقد ، كأن يتعاقد العاقد مع شخص هو فى الحقيقة غير الشخص الذى يريد التعاقد معه. ويرى الرومان أن الغلط يحول دون انعقاد العقد وعلى ذلك فالعقد عندهم باطل بطلاناً مطلقاً [(٨)] . ومع أن الرومان معروفون بالرغبة فى تحليل المسائل تحليلاً دقيقاً فانهم لم يظهروا بهذه الصفة فى حالة الغلط فى العقود ، بل قصروا نتائج الغلط على أحوال خاصة معينة. وفوق ذلك فانهم لم يرتبوا نتائج الغلط طبقاً لخطورته

---

(١) ambigu (٢) irréalisable (٣) error in negotio (٤) error in corpore

(٥) substance (٦) contrat de bonne foi (٧) error in persona (٨) nullité absolue

١٢٢ — **الغلط بعد الرومان** : أخذ علماء فرنسا قبل سن قانون نابوليون فى سنة ١٨٠٤ بما سبق أن أخذ به الرومان بعد أن هذبوه بعض التهذيب

١) **الغلط فى محل العقد** :[١] يرى بوتييه أن الغلط يشوب محل العقد اذا انصب على صفة [٢] الشيء محل العقد ، وهى الصفة التى اعتبرها العاقدان فى المقام الاول للشيء المتعاقد عليه ، وهذا مبدأ جديد فيما يتعلق بمحل العقد لم يقل به الرومان لان ما قال به القانون الرومانى انما هو مادة الشيء بالذات [٣] وأما ما قال به بوتييه فهو فقط مادة الشيء بل أخص أوصاف الشيء المتعاقد عليه وهو مبدأ ذو مرونة ظاهرة

٢) **الغلط فى شخص العاقد** : وهنا أتى بوتييه بمبدأ جديد مفيد كل الافادة. قال « كلما كان للشخص الذى أردتُ التعاقد معه اعتبار ظاهر فى العقد فالغلط فى هذا الشخص يبطل رضائى وعلى ذلك يبطل معه العقد . وعلى العكس من ذلك اذا لم يكن للشخص الذى أردت التعاقد معه اعتبار ما فى العقد وكان يمكننى التعاقد مع أى شخص آخر كما أردت التعاقد مع هذا الشخص ، اعتبر العقد صحيحاً »

ثم أضاف على ذلك بوتييه سبباً آخر فى ابطال العقد ، اذا وقع الغلط فى سبب [٤] العقد

٣) **النتيجة القانونية للغلط** : يرى بوتييه أن من شأن الغلط اما بطلان العقد بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً . ويرى ضرورة التفرقة بين أنواع الغلط : فمن الغلط ما يلحق محل العقد . وفى هذه الحالة يبطل الرضاء ويزول وكأنه لا رضاء بالعقد . وكذلك الحال بشأن الغلط الواقع فى شخص العاقد ، كما اذا أراد الواهب أن يهب شخصاً معيناً فجاءت الهبة لشخص آخر غير من أراده الواهب ، اذ فى هذه الحالة لا عقد ولا هبة . وأما الغلط فى أخص أوصاف الشيء المتعاقد عليه فانه يكون ذريعة فقط الى طلب الرد [٥] أى الى طلب الغاء العقد [٦]

(١) erreur sur la substance (٢) qualité (٣) matière (٤) cause
(٥) restitution (٦) rescision

١٢٣ — القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤ [١] : أخذت المادة ١١١٠ فرنسى بمذهب بوتييه وأشارت فقط الى الغلط فى مادة الشيء والغلط فى شخص العاقد اذا كان لشخص العاقد سبب ظاهر فى التعاقد. ثم قررت المادة ١١١٧ أن العقد المشوب بالغلط لا يعتبر باطلا من تلقاء نفسه بل يمكن التذرع بالغلط فقط الى المطالبة ببطلان العقد . أى ان البطلان فى حالتى الغلط المنوه عنهما بالمادة ١١١٠ بطلان نسبى [٢] فلا يطالب بالبطلان إلا من جاء الغلط من جانبه

يتبين من ذلك أن القانون الفرنسى لم يشأ الأخذ بما قرره بوتييه فيما يتعلق بالغلط فى شخص العاقد . ولكن نصوصه مع ذلك جاءت قاصرة لم تحط بالنظرية تمام الإحاطة . ولذا قام الفقه يسد مابها من النقص .

١٢٤ — القانون المصرى : قررت المادة ١٢٨ / ١٨٨ مدنى ما يأتى :

« من عقد مشارطة تعهد فيها بشيء ولم يكن ذا أهلية للعقد أو لم تكن مبنية على رضاء صحيح فلا يكون ملزماً بوفاء ما تعهد به فى تلك المشارطة » [٣]

والنص الفرنسى أكثر وضوحاً فى اظهار غرض الشارع . وعلى ذلك تقرر المادة بأنه لا تشتغل ذمة العاقد بالتزام ، الا اذا كان رضاؤه بالعقد رضاء صحيحاً . ثم جاءت المادة ١٣٣ / ١٩٣ مدنى وقررت ما يأتى : « لا يكون الرضاء صحيحاً [٤] اذا وقع عن غلط أو حصل باكراه أو تدليس » وهذه المادة تفسير لمادة ١٢٨ المتقدمة أى أن الرضاء غير الصحيح هو الرضاء المشوب بالغلط الخ . ولكن ما هو الغلط الذى يعيب العقد ؟ وماحكمه فى العقد وأثره فيه ؟ هل يبطل العقد إبطالا مطلقاً أم نسبياً ؟ أجابت على ذلك بعض الاجابة المادة ١٣٤ / ١٩٤ مدنى بما يأتى : « الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد . » والنص الفرنسى لها

---

(١) بلانيول ج ٢ ص ٣٤٩ — ٣٥١ ن ١٠٤٩ — ١٠٥٩

(٢) annulabilité

(٣) ويقول النص الفرنسى لها „Aucune convention ne peut donner lieu à l'obligation qui en est le but, si la partie qui s'oblige n'est pas capable de contracter, et n'a pas donné un "consentement valable„

(٤) le consentement n'est pas variable

أوضح فى المعنى وآثر فى إيضاح غرض الشارع »[1] :

وهذا التعبير عام لا يحكي فى عبارته صيغة المادة ١١١٠ فرنسى التى أشارت الى الغلط فى محل العقد وفى شخص العاقد . وربما تنصرف هذه المادة بعبارتها العامة هذه الى أنها تشمل الغلط فى محل العقد وفى شخص العاقد . أى أنه يجوز طلب بطلان العقد اذا لم يتم العقد طبقاً لما يريده العاقد وطبقاً للاعتبارات التى عوّل عليها وقت التعاقد سواء أكانت هذه الاعتبارات ترجع للشىء المتعاقد عليه بصرف النظر عن الشخص ، أم للشىء المتعاقد عليه بالرجوع الى شخصية الشخص ، وباعتبار أن محل العقد لا يتميز فقط بالرجوع الى طبيعة الشىء فى ذاته ، بل بالرجوع الى صفات هذا الشىء وما يكتنفه من الاعتبارات التى يكتسبها من شخصية العاقد . فاذا اتفقتُ مع فرقة على تمثيل رواية دون تعيين أشخاص الممثلين أصبح الوفاء بالالتزام صحيحاً اذا مثلت الرواية بمعرفة أى ممثلين . ولكن اذا اتفقت مع الفرقة على تمثيل الرواية مع تسمية بطلها فلا يعتبر الوفاء صحيحاً اذا غاب الممثل المسمى .

ففى الحالة الأولى حصل تمثيل وفى الحالة الثانية حصل تمثيل . ولكن التمثيل فى الحالة الثانية يتميز ويتشخص بتلك الاعتبارات التى تأتيه من جانب الممثل المسمى. فاذا وقع غلط فى شخص الممثل المسمى اعتبر الغلط منصباً على شخص الممثل المسمى فقط . بل هو يتمشى أيضاً على محل العقد نفسه وهو التمثيل . ومن هنا نرى أن الغلط فى محل العقد لا ينصرف فقط الى طبيعة الشىء المعقود عليه وجوهره الذاتى، بل ينصرف أيضاً الى الصفات الاخرى التى يتصف بها وتأتيه من الاعتبارات الشخصية الخاصة بشخص العاقد . وعلى ذلك يمكن الاخذ بالمادة ١٣٤ باعتبارها نصاً عاماً يتمشى على الغلط فى محل العقد سواء كان الغلط منصباً على الشىء ذاته بطبيعته ، أم منصباً على صفات محل العقد وهى الصفات التى جاءته من اعتبارات شخصية خاصة بشخص العاقد . وعلى ذلك تنصرف المادة ١٣٤ الى الغلط فى محل العقد والى الغلط فى شخصية العاقد .

---

[1] " L'erreur opère la " nullité „ du consentement quand elle porte sur le " rapport principal „ sous lequel la " chose „ a été envisagée dans le contrat „

١٢٥ — الفقه الحاضر وآثار الغلط فى العقود : يرى الفقه الحاضر ان آثار الغلط فى العقد اما انها تنصرف الى ابطال العقد ابطالا مطلقاً أو ابطالا نسبياً أو ان الغلط لا يؤثر على العقد بشيء ما

١) **فى الغلط المبطل للرضاء** : هذا الغلط المبطل للرضاء يقع نادراً ولكنه يقع فى الاحوال الثلاث الآتية :

١ — اذا وقع الغلط فى جوهر العقد . وهو الغلط الذى يقع فى نفس التعاقد عند الرومان [١] . كأن يتعاقد شخص مثلا مع جمعية تأمين تبادلية [٢] مع انه كان يريد التعاقد مع شركة تأمين باقساط معينة [٣]

٢ — الغلط الواقع فى محل العقد[٤] وهو نظرى أكثر منه عملياً (ن ١٢١)

٣ — الغلط الواقع فى سبب العقد [٥] كأن يكلف الموكل مثلا[٦] الوكيل بالعمولة[٧] أن يبيع له بضاعته نظير أجر له وهو اجرة العمولة ثم جاء الموكل ودفع هذه الاجرة للوكيل دون أن يعرف بان الوكيل هذا اشترى البضاعة لنفسه [٨] فانه لا يستحق أجراً ما [٩] فى هذه الحالة الاخيرة [١٠]

٢) **فى الغلط المبطل للعقد ابطالا نسبيا** : ويقع ذلك فى الغلط فى الشخص والغلط فى الشيء

١ — **الغلط فى الشخص** : الغلط فى الشخص يبيح طلب بطلان العقد اذا كان للشخص اعتبار خاص وشأن ظاهر فى العقد (المادة ١١١٠ مدنى فرنسى) [١١] وهذه مسئلة موضوعية متروكة لتقدير القاضى . ويقع الغلط فى الشخص فى العقود بعوض [١٢] إما من جهة العاقدين كما فى عقد الشركة ، أو من جهة عاقد واحد كما فى عقد الاتفاق مع مهندس أو مستخدم أو مقاول أو رسام أو طبيب أو نقاش . ولا يقع الغلط فى الشخصية الطبيعية للعاقد بل يقع فى أخص أوصافه وخصائصه أى الخصيصة

---

(١) erreur in negotio (٢) assurances mutuelles (٣) assurances à primes

س ، ٨ ، ١ ، ١٢٥ (٤) error in corpore (٥) cause (٦) douneur d'ordre

(٧) commissionnaire (٨) faire la contre-partie (٩) commission

(١٠) س ، ٩٠٤ ، ١ ، ٤٣٦ . — د ، ٩٠٥ ، ١ ، ٦٥ ومقال « لاكور Lacour »

(١١) intuitui personae (١٢) contrats à titre onéreux

التى اعتمد عليها العاقد فى عقده ولولاها ما تعاقد . فالغلط فى حرفة المستأجر بالعقد مفسد للعقد

الغلط فى المادة [١]: وفى ذلك تقول المادة ١١١٠ مدنى فرنسى بفقرتها الأولى « لا يعتبر الغلط سبباً فى ابطال التعاقد الا اذا انصب على المادة ذاتها [٢] التى هى محل العقد » [٣] فما الغرض حينئذ من « مادة العقد » وما هو المستفاد منها ؟ هنا محل النقد الدقيق لرجال الفقه العصرى . لان هذه العبارة أوسعت من مجال الاخذ والرد بقدر ما احتواها من بعد المعنى وترامى المرمى

ففريق يقول بأن الغرض من مادة العقد هو الشىء الذى أصبح محلا للعقد . فاذا اشتريت ساعة على انها ذهباً فتبين انها من نحاس ، اصبح الغلط منصباً على مادة العقد اى على الساعة . وهذا هو نفس المذهب الذى قال به الرومان . ويسمون هذا المذهب بالمذهب المادى أو المذهب الشيئى [٤]

وفريق يقول بان الغرض من مادة العقد مجموع الخصائص والمميزات المادية للشىء الذى هو محل العقد ، بحيث ان هذه الخصائص أو المميزات [٥] اذا اجتمعت فيه تجعله حتما متميزاً [٦] عن أى شىء آخر قريب منه. وهذا المذهب قريب جداً من المذهب السابق . وعلى ذلك فهو لا يؤدى الى المعنى المقصود حقيقة من عبارة مادة العقد. اذ كلا المذهبين يرمى الى مادية [٧] محل العقد لا الى غيرها . فاذا وقع الغلط فى صفة من صفات الشىء وكان تقدير قيمة هذا الشىء يرجع الى هذه الصفة ، كالغلط مثلا فى اقدمية قطعة أثرية أو الغلط فى المصدر الاصلى لصورة معينة ، أى الغلط فى شخصية المصدر ، اعتبر ذلك كله بناء على هذا المبدأ الشيئى الصرف غير كاف لابطال العقد . ولكنا نسارع الى ملاحظة ان الآخذين بهذا المذهب ومن بينهم ابرى ورو [٨] عالجوه بادخال بعض التعديل عليه . اذ قرر هذان الشارحان بانه اذا انصرفت نية العاقدين وقت التعاقد الى التعويل على صفة معينة قائمة بالشىء المتعاقد عليه [٩]

---

(١) erreur sur la substance (٢) substance même (٣) objet
(٤) système objectif (٥) qualités ou propriétés (٦) nature spécifique
(٧) objectivité (٨) Aubry et Rau (٩) qualité déterminée

ونص عليها بالعقد ، اصبحت هذه الصفة شرطاً من شروط العقد بحيث يعتبر زوالها سبباً فى فسخ العقد

هذا هو المذهب القائل بمادية محل العقد برغم تلطيف شدته من جانب ابرى ورو

١٣٦ — ولكن هناك مذهب آخر أشد متانة وأثر فى انعقاد العقود وهو المذهب الذى لا يقول بمادية محل العقد [(١)] بل يقول بعدم النظر الى مادية الشيء بالذات وبضرورة الاخذ بنية المتعاقدين [(٢)] هذا المذهب القائل بالرجوع الى أعتبارات شخصية خاصة بالعاقدين [(٣)] والى مبلغ نواياهم فى انعقاد العقد يسمى بمذهب النية [(٤)] وبه قال كواين وكابتان [(٥)] وقال به القضاء الفرنسى كما سيجيء ، وقال به الشارع المصرى بالمادة ١٣٤ / ١٩٤ مدنى كما أوجزنا فى شرح هذه المادة فى صدر هذا البحث [(٦)]

أما أصحاب هذا المذهب القائل بالاخذ بنية العاقدين فقد أخذوا على المذهب الاول القائل بمادية الشيء أنه لا يعبأ مطلقا بنية العاقدين وما انصرفوا اليه وقت العقد من غرض خاص يتعين بالرجوع الى الاحاطة بظروف العقد . مع ملاحظة انه قد يكون من المستحيل فى بعض الاحوال تقدير مادة العقد تقديراً صحيحاً منتجاً من الوجهة القانونية الا اذا روعيت نية المتعاقدين . هذا وان أصحاب مذهب مادية العقد لم يبينوا ما هو المقياس الذى يرجع اليه [(٧)] فى معرفة خواص الشيء من حيث مادته

وعلى ذلك يرى أصحاب المذهب الاخير القائل بنية العاقدين أنه يجب الرجوع الى الغرض الذى أراده العاقدون لا الى مادة محل العقد لان المادة ليست واحدة فى جميع العقود وعند اختلاف المتعاقدين . بل قد تتغير المادة بتغير أغراض المتعاقدين لما يرمى اليه المتعاقدون فى تقدير أوصاف الشيء تقديراً من المستحيل أن يكون واحداً فى كل العقود ، أى يرجع فى معرفة العقد الى الغرض الذى ينشده كل منهما فيه ، أى الى الاعتبارات التى قدّر بها العاقد محل العقد ، بحيث اذا تأكد من عدم توافر هذه الاعتبارات بمحل العقد وقت انعقاده لما تعاقد بصرف النظر عن مادة محل العقد

---

(١) objectivité (٢) intention des parties (٣) subjectivité (٤) sys-tème subjectif

(٥) ج ٣ ص ٢٨١ (٦) ج ع ١ ص ٢٣١ ن ٢٩٠٥ — ٢٩٠٧ — ٠ ج ع ٢ ص ٢٤٣ ن ٢٥٦٣ و ٢٥٦٤ ٠ — ج ع ٣ ص ٣٥٧ ن ٢٧١٧ — ٢٧١٩

(٧) criterium

بهذا المذهب أخذ القضاء الفرنسي اذ حكم بفسخ عقد بيع قطعة أثرية حديثة بينما كان المشترى يرمى الى مشترى قطعة أثرية قديمة [١] وحكم بفسخ عقد بيع قطعة أرض لتبنى مدرسة ثم تبين بعد ذلك أن مقاسها الحاضر لا يكفي لبناء المدرسة [٢] وعدم صحة عملية البورصة الخاصة بمشترى سندات مسعرة بالبورصة تبين انها سحبت بالقرعة وأصبح من اللازم دفع قيمتها الحقيقية [٣] الى حاملها ، بينما كان المشترى يرمى الى الحصول على سندات قابلة للتبايع فيها [٤] وقابلة للاستغلال بأن تربح فوائد وتخضع للتسعير اليومى المختلف بالبورصة [٥] وفسخ بيع صورة بيعت على انها من تصوير المصور فلان، ثم ظهر فيما بعد أنها ليست من تصويره ولكنه أعاد عليها وهذبها فقط [٦]

١٢٧ ـ هذا القضاء الفرنسي وهذا الفقه الفرنسي الاخير الذى قال به كولين وكابتان هو نفس ما قرره الشارع المصرى بالمادة ١٣٤/١٩٤ مدنى . اذ وردت هذه هذه المادة بعبارة جلية واضحة لم تشر مطلقاً الى مذهب القائلين بمادية محل العقد العقد بل أشارت الى الاعتبارات الاصلية [٧] التى أرادها العاقدون وعولوا عليها في تقدير الشيء المتعاقد عليه . أى أن الشارع المصرى أخذ بمذهب نية المتعاقدين [٨] لا بمذهب مادة محل العقد [٩]

وعلى ذلك تنصرف المادة ١٣٤ / ١٩٤ مدنى الى الغلط فى شخصية محل العقد أو بعبارة أخرى تنصرف هذه المادة بعبارة عامة الى شخصية محل العقد سواء كانت هذه الشخصية راجعة الى طبيعة الشيء المتعاقد عليه أم الى أخص أوصافه المميزة له ، أم الى بعض الاعتبارات التى تأتيه من جانب شخص العاقد

---

(١) س . ٩٠٢ ، ١ ، ٣١٧ (٢) د ٩٥ . ٢ ، ٤١٧ (٣) au pair (٤) titres négociables (٥) د ، ٩٢ . ٢ ، ٢٥٧ ـ س ، ٩١ ، ٢ . ٨١ (٦) س . ٩١٢ ، ٢ ، ٢٥٢ وقضى القضاء المصرى بانه اذا اعطت الحكومه ترخيصاً باستخراج الاملاح الموجودة بارض وبيعها وكانت تعتقد بحسن نيه ان الارض لا تحتوى من الاملاح الا على قدر زهيد جدا ، جاز ابطال الرخصه اذا تبين حصول غلط من جانب الحكومة : استئناف م ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ت ق . ٤ . ٩٩ ؛ ج ع ١ ص . ٨ ن ٩٨٩ . ـ مجموعة جلال ج ٢ ص ٥٥١ ن ١٥٤١ (لان التجارة فى الاملاح ممنوعة بالقوانين المصرية) . ـ ويجب ان يلاحظ ان الخطأ اذا صح التجاوز فيه فانه لا يعيب العقد لانه فى هذه الحالة لا ينصب على جوهر العقد : استئناف م ٣٠ مارس سنة ٩١٥ م ت ق ، ٢٧ ، ٢٥٠ . ـ ولا يجوز للمحكمة ان تحكم من تلقاء نفسها بالعيب الذى يشوب الرضاء م ت ق . ٢٨ ، ٤١٣ (٧) rapport principal (٨) Système subjectif (٩) système objectif

١٢٨ - هل يشترط فى الغلط المفسد للعقد أن يكون من جانب العاقدين معاً أو من جانب أحدهما فقط؟ : تضاربت الآراء فى هذا الشأن : فقال البعض باشتراط الغلط من الجانبين وا كتفى البعض الآخر بالغلط من الجانب الواحد

وربما يتفق مع المنطق والعقل أن يكتفى بالغلط من جانب أحد العاقدين لاجل فسخ العقد ، مادام العاقد قد أخطأ فيما تعاقد عليه ، واكتشف بعد العقد غلطه اذ يصبح رضاؤه فى العقد مشوباً بهذا الغلط من جانبه وجاز له فسخه حتى لو كان العاقد الآخر يجهل نية هذا العاقد الذى وقع الغلط من جانبه أى ولو كان حسن النية . بذا حكم القضاء الفرنسى بأن قرر فسخ عقد بيع عقده وكيل ، بناء على غلط وقع فى الاشارة البرقية التى بعث بها الموكل لوكيله بأن لا يبيع بأقل من ثمن كذا (١)

ولكن مع القول بمطابقة هذا الرأى للمنطق والعقل ، يجب مع ذلك أن يلاحظ ما يأتى :

١ - نعم وان كان ظاهر هذا الرأى المتقدم أن يطابق العقل والمنطق الا أنه ربما لا يكون فى الحقيقة مطابقا للعدالة . كأن رأى شخص مثلا عند آخر سجادة عجمية فاعتقد انها قديمة وانها تساوى من الثمن مبلغا عظيما فأخذ يساوم صاحبها حتى اشتراها منه بثمن عادى بسيط وبعد ذلك تبين له أن السجادة ليست قديمة وانها عادية. ألا يرى أنه مما تتأذى منه العدالة أن يأتى هذا المشترى ويطلب فسخ العقد واسترداد الثمن؟ (وفى الغالب يكون مادفعه ثمنا عاديا أو فوق العادى بقليل) فما هو ذنب البائع الذى يجهل نية المشترى وما كان يدور بخلده من نية المضاربة فى مشترى السجادة ؟

لذا يرى فى أغلب أحكام القضاء التى تقضى بالفسخ بسبب الغلط انها تشير الى الغلط من الجانبين . أى تشير الى التزام العاقد التزاما صريحاً أو ضمنياً بتقديم الشىء المتعاقد عليه طبقا لرغبة العاقد الآخر المقول بالغلط من جانبه. أو بعبارة أخرى تشير هذه الاحكام الى أنه لا يمكن افتراض أن العاقد الملتزم بتقديم الشىء يجهل الظروف التى أحاطت بالعقد

(١) د ٥٩ . ٢ . ١٤٧ – س ٥٥ . ٢ . ١٨٦

٢) — اذا قيل بجواز فسخ العقد لحصول غلط من جانب واحد وجب على من وقع الغلط من جانبه أن يدفع تعويضاً للعاقد الآخر حسن النية بقدر الضرر الذى أصابه من جراء الفسخ . وبقدر التعويض أى بقدر ماضاع على العاقد حسن النية من المنفعة بسبب الفسخ .

١٢٩ — ٣) فى الغلط الذى لا يعبأ به : رأينا الغلط المفسد للعقد إفساداً مطلقاً وإفساداً نسبياً . والآن نتكلم على الغلط الذى لا يؤثر على العقد بشىء ما ويقع ذلك فيما يأتى : —

١) — اذا وقع الغلط فى غير ماهو جوهرى فى مادة العقد(١) كما إذا اشتريت كتاباً مطبوعاً على ورق أصفر بينما كنت أريد أن يكون مطبوعاً على ورق أبيض(٢)

٢) — اذا وقع الغلط فى الباعث للعقد(٣) اذ لاعبرة بالباعث لانه سابق على العقد وفى الغالب يظل مجهولا لدى العاقد الآخر . والباعث هو مجرد نزعة نفسانية تطرأ على صاحبها فيشترى ليبيع أو يشترى ليأكل أو يشترى ليسكن أو ليؤجر . هذا الدافع فى الشراء وهو البيع أو الايجار أو السكنى، دافع يجهله العاقد الآخر لانه حركة نفسانية من الصعب تشخيصها تشخيصاً خارجياً واظهارها الى عالم الوجود بحيث يمكن للعاقد الآخر الالمام بها فى عالم المادة والظهور(٤)

١٣٠ — على أنه مع ذلك يجب أن يلاحظ ما يأتى :

أولا — اذا ذكر الباعث بالعقد وألم به العاقد الآخر باعتباره شرطاً لقبول العاقد الاول جاز فسخ العقد لحصول الغلط : اذ الغلط فى هذه الحالة واقع فى مادة العقد أى فى محل العقد . لان العاقدين قررا بمحض ارادتهما أن تجعل الصفة العرضية للشىء صفة أصيلة له

ثانياً — من القواعد المقررة من قديم فى الهبة أن الغلط فى الباعث فاسخ لعقد الهبة اذا تبين أن الواهب جعل هذا الباعث سبباً للهبة. قال بذلك بوتييه وغيره

---

(١) qualité non substantielle (٢) قارن س : ٨٤، ٢، ٤٩، ومقال « ليون كان Lyon-Caen » . ـ د ٩٣٦، ١، ٧٣ . ـ د، ٩٣، ١، ٣٦١ (٣) motif (٤) قارن د، ٩١، ١، ٣٥٢ . ـ س، ٩١، ١، ٢٤٨

٣ ـ الغلط فى يسر العاقد لا يمكن اعتباره سبباً للفسخ

٤ ـ كذلك الغلط فى قيمة الشىء لا ينهض سبباً لفسخ العقد انما يجوز فى أحوال مخصوصة عند حصول الغبن[1] طلب الفسخ طبقاً للشروط المقررة لمادة ٣٣٦/ ٤١٩ مدنى الخاصة بالقاصر . ذلك أن يكون القاصر بائعاً لعقار والغبن فى أكثر من الخمس وأن تكون الدعوى خاصة بتكملة الثمن لا بفسخ العقد

على أن القضاء الفرنسى قضى فى بعض أحكامه بتنقيص الثمن لا بفسخ العقد إذا بيع محل تجارى [2] ويكون قد أخطأ المشترى فى تقدير قيمة هذا المحل أى وقع فى الغلط ، حتى لو كان البائع حسن النية ولم يقع منه غش أو تدليس ما[3] . إن هذا القضاء وان كان مطابقاً للعدل الا انه مخالف للقانون . على أنه اذا أريد تبرير هذا الرأى وانتحال سبب قانونى له فانه يمكن أن يقال فى هذه الحالة بأن الغلط وقع من جانب المشترى فى أخص أوصاف المبيع [4] ولكن اذا قيل ذلك ترتب عليه فسخ العقد لا تنقيص الثمن

ب — فى التدليس [5]

١٣١ — التدليس [6] هو ثانى العيوب المفسدة للرضاء .

ار : التدليس هو كما قال بوتييه نوع من أنواع الخدعة [7] يستعين بها شخص للاضرار بآخر . ويعرّفه « دوما » بانه هو مفاجأة شخص لآخر بأمر [8]

---

(١) lésion (٢) fonds de commerce (٣) د ، ٩٠ ، ٢ ، ٣١٠ . س ، ٩٠ ، ٢ ، ٢٩٦ (٤) qualité substantielle (٥) والفرق بين الكذب والتدليس ان التدليس يدخل بالحيلة على الرجل العادى . واما الكذب فمن السهل معرفته . لذا كان التدليس عيبا يشوب العقد . واما الكذب فلا : استئناف م ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ت ق ، ٢٨ ، ٤٨ ، ج ع ٣ ص ٣٥٨ ن ٣٧٢٨ . - والتدليس هو ما اذا ادركه العاقد لما تعاقد : ج ع ٣ ص ٣٥٧ ن ٣٧٢٠ . ـ واما اذا حصل العقد بشروط قاسية على احد العاقدين مما يسمى عادة بشروط الاسد conditions léonines فلا تدليس . ج ع ٣ ن ٣٧٢١ ، ٣٧٢٢ . ـ وشرط التدليس ان يجهل العاقد فيه مادلس به عليه . فاذا كان عالما به وتعاقد مع ذلك فلا تدليس : ن ٣٧٢٤ . ويجب ان يكون التدليس حاصلا بوقائع معينة : ن ٣٧٢٦ . - والسكوت لا يعتبر تدليسا ، الا اذا شابته وسائل احتياليه : ن ٣٧٢٧ . ـ وعلى من ادعى التدليس اثباته : مجموعة جلال ج ١ ن ١٥٤٣ (٦) dol (٧) artifice (٨) surprise

أو ادخال الغش عليه [١] أو التعمية عليه [٢] أو اخفاء شيء عنه [٣] أو بعبارة عامة استخدام وسيلة من الوسائل مع سوء النية لاجل ادخال الخدعة عليه

وعلى ذلك يشمل التدليس العبارات الكاذبة [٤] والوسائل التدليسية [٥] سواء بالاستعانة بشهود كاذبين أو باوراق مزورة ويكون الغرض من ذلك ايقاع الشخص فى الغلط وحمله على التعاقد . وعلى ذلك قد يعتبر مجرد الكذب كافياً فى تكوين التدليس . والامر فى ذلك يرجع للظروف التى أحاطت بالعقد وما اعتاده الناس وألفوه من العادات والتقاليد

ومما لا يدخل فى التدليس بعض عبارات كاذبة [٦] تصدر من البائع فى سبيل ترويج بضاعته لان التجارة قد تدعو الى شيء من ذلك وهو ما يسمى بالتدليس المشروع [٧] كما يقول الرومان . واذا وردت ببعض الاعلانات [٨] أو النشرات [٩] المالية عبارات كاذبة لا نصيب لها من الحقيقة كالوعود الكاذبة [١٠] فلا تعتبر من نوع التدليس اذا لم تشبها وسائل احتيالية معينة[١١]. واذا تعاقد القاصر مع آخر وأوهم الأول الاخير بانه بالغ فذلك لا يمنع القاصر من الاستفادة من الدفع بفقد أهليته (المادة ١٣٠٧ مدنى فرنسى)

على أنه توجد أحوال خاصة يمكن اعتبار مجرد الاخبار الكاذب فيها تدليساً . فمثلا اذا أكد البائع وجود صفة خاصة بالمبيع لفتت نظر المشترى اليها ثم تبين عدم صحتها اعتبر ذلك تدليساً من البائع . كذلك التعمد فى عدم الاقرار بالحقيقة [١٢] يعتبر فى بعض الأحوال تدليساً كما يحصل ذلك فى عقد التأمين . فاذا تعمد المؤمن له [١٣] عدم الاقرار لشركة التأمين بالحقائق أو ذكر لها أموراً وكان من شأن ذلك كله التقليل من أهمية الهلاك أو تغيير نوعه اعتبر عقد التأمين باطلا (المادة ١٩٠ فقرة ثانية من القانون البحرى و٣٤٨ تجارى بحرى فرنسى [١٤])

---

(١) fraude (٢) finesse (٣) feintise (٤) affirmations mensongères
(٥) machinations frauduleuses (٦) دموج ج ١ ص ٥٣٥ ـ ٦٠٧ ن ٣٣٨ ـ ٣٩٠
(٧) dolus bonus (٨) affiches (٩) prospectus (١٠) promesses fallacieuses
(١١) manœuvres caractérisées (١٢) réticence (١٣) assuré
(١٤) كبتان ص ٢٨٤ ـ استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ت ق ٢٩ ، ١١٤ فيما يتعلق بالتأمين

١٣٢ — ومما يحصل التساؤل فيه ما اذا كان التدليس عيباً خاصاً يتميز عن عيب الغلط . ذلك لان التدليس يرمى به صاحبه الى ادخال الغش على العاقد الآخر ويعمل على أن يجعله يعتقد بوجود شيء لم يكن موجوداً من قبل أو يخفى عنه الحقيقة. أى أن التدليس ينتهى فى الحقيقة الى ايقاع العاقد فى الغلط . وهذا ما جعل البعض يقول بفساد الرضاء فى حالة التدليس بسبب الغلط الذى وقع فيه العاقد . والصحيح انه يجب تمييز التدليس عن الغلط . لانه فى حالة التدليس يلاحظ أن التدليس وحده هو الذى يحول بين العاقد المدلس عليه وبين الالمام بالظروف الحقيقية للعقد ،فهو يحرمه من حرية التمييز كالاكراه سواء بسواء . وعلى ذلك فالتدليس يفسد الرضاء . وفى فسخ العقد المشوب بالتدليس مؤاخذة للعاقد المدلس على تدليسه وتذرعه بأعمال ممقوتة . وبالتدليس ينشأ الغلط . وبه تتفاقم نتائج الغلط . لذا كان للغلط الناشيء عن التدليس آثار أعظم من نتائج الغلط البسيط . ذلك لانه يصبح دائماً سبباً للفسخ ما دام انه أثر على العاقد المدلس عليه فجعله يتعاقد بناء على هذا التدليس . وعلى ذلك لذا وقع الغلط فى الباعث (١) أو فى يسر العاقد (٢) أو فى قيمة الشيء (٣) جاز فسخ العقد اذا كان الغلط بسبب التدليس أو بسبب الوسائل الاحتيالية التى قام بها العاقد المدلس

١٣٣ — التدليس الاصلى والتدليس العرضى : التفرقة بين التدليس الاصلى (٤) والتدليس العرضى (٥) هى من أوضاع قدماء المؤلفين وقد رجعوا فيها الى نصوص وردت بموسوعات جوستنيان (٦) . أما هذه التفرقة فهى ما يأتى :

متى كان التدليس عيباً يشوب الارادة فى التعاقد فلا يعتبر حينئذ سبباً للفسخ الا اذا أثر تأثيراً ظاهراً على إرادة العاقد (٧) فاذا لم يؤثر هذا التأثير الذى جعل العاقد يتعاقد بمقتضاه فلا يعتبر الرضاء مشوباً وعلى ذلك فلا محل للفسخ :وفى الحالة الأولى يسمى التدليس أصلياً وفى الحالة الثانية يسمى عرضياً . وهذا هو نفس ما قررته المادة

(١) motif (٢) solvabilité (٣) valeur (٤) dol principal
(٥) dol incident (٦) Digeste (٧) déterminant

١٣٦/١٩٦ مدنى و١١١٦ فرنسى — حيث قالت : « التدليس موجب لعدم صحة الرضاء اذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له [١] من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى . » وعلى ذلك فالتدليس المفسد للعقد هو ذلك التدليس الذى كان سبباً فى انعقاد العقد بحيث اذا لم يوجد لما انعقد العقد ، أى هو التدليس الأصلى [٢] .

ولا يعتبر التدليس سبباً للفسخ اذا كان عرضياً أى أنه كان من نتائجه مجرد تعديل الشروط العادية للعقد ، انما يجوز أن يصلح سبباً للمطالبة بتعويض

واذا كانت هذه التفرقة متفقة مع المنطق والعقل واستند المقررون لها الى نصوص فى الموسوعات الرومانية ، الا أنها على مايظهر لا تخلو هى أيضاً من العيوب الخاصة بالمجاز والخيال ، اذ هى نظرية أكثر منها عملية : ذلك لأن التدليس يرمى دائماً الى التأثير على إرادة العاقد سواء كان هذا التأثير ينتهى الى إقناع العاقد بضرورة التعاقد أو الى إقناعه بضرورة القبول بشروط فى العقد ما كان ليقبل بها لولا الخدعة التى احتال بها عليه المدلسون . ولا شك أن صريع التدليس لا يسعه فى الحالتين الا أن يطلب تصحيح ما وقع ، وأسلم وسيلة هى الفسخ . ومن المتعذر كثيراً تكليف القاضى بالتمييز بين التدليس الأصلى الفاسخ وبين التدليس العرضى المبيح للتعويض . على أن القضاء الفرنسى سار فى طريق الأخذ بهذه التفرقة ولم يعبأ بدقة التمييز بين نوعى التدليس [٣]

هـ . ـ حد الاكراه [٤]

١٣٤ — الاكراه [٥] هو ثالث عيوب الرضاء وهو عبارة عن وسائل الشدة [٦] طبيعية كانت أو أدبية ، التى يقوم بها صاحبها ضد شخص فى سبيل الزامه كرهاً عنه على الرضاء بالعقد ، أو هو كما يقول فتحى باشا زغلول : « غصب الملتزم

(١) manœuvres pratiquées (٢) dolus dans causam contractui

(٣) د ، ٧٩ ، ٢ ، ١٢٥ — س ، ٧٩ ، ٢ ، ٢٤١ (٤) دموج ج١ ص ٤٨١ - ٥٣٣ ن ٢٩٢ - ٣٣٧ مكررة ٣

(٥) violence (٦) contrainte

على التعاقد بالارهاب »[١] وهو على ذلك يعيب الرضاء ويفسده . ولابد لذلك من شرطين :

١) — يجب أن يكون الاكراه بحيث يؤثر على رجل يعقل ويعى أى أنه يجب أن يكون من الجسامة بحيث يؤثر على الشخص المميز مع مراعاة الظروف الخاصة . وفى ذلك تقول المادة ١٣٥ / ١٩٥ مدنى و ١١١٢ — ١١١٣ فرنسى ما يأتى : «لا يكون الاكراه موجباً لبطلان المشارطة الا اذا كان شديداً بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته[٢] والذكورة والأنوثة[٣] » ومجرد هيبة الأقارب لا تعد اكراهاً .

والاكراه مفسد للعقد سواء كان واقعاً على نفس العاقد المكره أم على أحد من يؤثرهم كزوجته أو ولده أو صديقه[٤] وسواء كان ذلك الاكراه مادياً بتهديد العاقد المجنى عليه بايذائه شخصياً أو بايذاء من يؤثره ، أم معنوياً بتهديده مثلا بتبليغ الجهة المختصة بأمر يخشى منه على المبلغ ضده . والمسألة موضوعية يرجع فيها الى تقدير القاضي

وكان الرومان يتشددون فى شروط الاكراه المفسد للرضاء . فقد كانوا يشترطون فيه ان يكون من شأنه أن يهز ويحرك اكثر الناس شجاعة . فجاءت المادة ١٣٥ مدنى وخفضت من هذه الغلواء وقررت : « مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة» فاذا وقع الاكراه بواسطة تخويف المجنى عليه بواسطة مسائل سحرية وسلم المجنى عليه بما اكره عليه اعتبر ذلك اكراهاً بالمعنى القانوني . ولا يقبل من مرتكب الاكراه ادعاؤه بان مثل هذه المسائل السحرية مما لا يجوز تصديقه لدى شخص عاقل مميز . ذلك لان مثل هذا التخويف بالمسائل السحرية ، مع كونها فى الحقيقة مما لا يعبأ بها ولا يلتفت اليها ، الا انه من شأنها ان تؤثر على البسطاء من الناس . وبالعكس اذا كانت وسائل الارهاب والتخويف من شأنها ان تؤثر على رجل عاقل مميز فانه يجوز فسخ العقد بناء على ذلك حتى ولو ادعى صاحب الاكراه بان خصمه على درجة عظيمة من الذكاء والفطنة النادرة بحيث لا تنطلى عليه هذه الوسائل

(١) فى شرح المدنى ص ١٣١ (٢) sa condition (٣) sexe (٤) ١١١٢ مدنى فرنسى ـ دى هلس ج ١ ص ٤٨٥ ن ٤٣ ـ فتحى باشا زغلول ص ١٣٢

٢ ـ يجب ان يكون الاكراه ظالما أى يكون بغير حق[١] أو ان يكون غير مشروع[٢] وعلى ذلك لا يعتبر اكراهاً مجرد احترام الابناء لآبائهم (المادة ١١١٤ مدنى فرنسى)

ومما يدخل تحت هذا الشرط الأمثلة الآتية :

هدد دائن مدينه بالحجز عليه اذا لم يقدم ضماناً له . هدد رب العمل مستخدماً عنده بانه اذا لم يمض على ورقة يقرر فيها اشتغال ذمته بالمبلغ الذى اعترف بتبديده ، فانه يبلغ البوليس والنيابة للقبض عليه . فى هاتين الحالتين لامحل للقول بجواز فسخ السند لان الحجز والشكوى المهدد بهما المدين هما نتيجة حتمية وشرعية للحق الذى ترتب بمعرفة المدين للدائن . على انه يجب مراعاة الظروف التى احاطت بالاعتراف، فاذا حمل رب العمل على الحصول على اكثر مما يستحق بما يزيد عن مقدار الضرر الذى اصابه جاز الغاء التعهد[٣] وكذلك اذا هدد الدائن مدينه باشهار افلاسه اذا لم يعترف له بالدين واعترف له فعلا فان ذلك الاعتراف بالدين كتابة لا يعتبر مشوباً بالاكراه[٤]

١٣٥ — وما الحكم اذا أخذ شخص سندا على آخر بمبلغ جسيم وكان السبب فى اخذه خطراً محدقاً بالمدين لا ينقذه منه الا ذلك الشخص ؟ مثال ذلك اشرف مركب على الغرق فاستغاث بمركب آخر فأبى ربان هذا الاخير ان يعمل على انقاذه الا اذا حرر ربان المركب المشرف على الغرق سنداً بمبلغ جسيم ؟ المفتى به ان هذا الظرف هو من اكبر مظاهر الاكراه[٥] ولكن ألا يلاحظ مع ذلك ان المنقذ لم يستعمل وسيلة ما من وسائل الاكراه لان كل ما هدد به انما هو عدم القيام بالانقاذ الذى لم يكن ملزماً به من قبل ؟ اذا قيل هذا فانه لا يشفع مع ذلك فى عدم اعتبار هذا التشدد من جانب المنقذ اكراهاً بالمعنى الصحيح لان المركب الغارق يصبح بين عاملين : اما امضاء السند واما الغرق ، وهو لا يملك فى ذلك حرية فى توجيه الارادة وتصريفها تصريفاً حراً غير مشوب .

(١) injuste (٢) illicite (٣) د ، ٩١٧ ، ١ ، ١٠٣ (٤) استئناف م ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ت ق ٩٠ ، ٥٨ (٥) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٨٦

وكان الرومان لا يبيحون استرداد المبلغ المدفوع بناء على وعد فى حالة ما اذا كان الواعد بالمبلغ قد طلب النجدة حتى يفلت من أيدى أعدائه أو من أيدى قطاع الطريق ، لأن قيمة المبلغ لا تصح أن تكون محلاً للجدل وذلك نظراً لأهمية العمل الذى قام به من لبى طلب النجدة، أما القوانين الحديثة فانها لا ترى الأخذ بهذا التشدد فى عدم تعديل المبلغ .وسبق لبوتييه أن قرر انه اذا ظهر أن المبلغ مغالى فيه جاز تنقيصه. وحكم القضاء الفرنسى فى الاوقات الحاضرة[1] بفسخ العقد المأخوذ على ربان السفينة المشرفة على الغرق والتى استنجدت بسفينة أخرى فلم يقبل ربان هذه السفينة الاخيرة انقاذ الاولى من الغرق الا بعد أن أخذ سنداً على ربانها بمبلغ جسيم . واستند القضاء فى ذلك الى أن الربان المدين لم يمض على السند الا وهو مكره بعد أن عيل صبره فى تنقيص المبلغ ولم يفلح فاضطر الى تحمل هذه الضرورة وهو الشرط الذى أملاه عليه ربان الباخرة المنقذة بعد أن انتهز هذا الربان سوء موقف ربان السفينة وحرج مركزه[2]

د ـ فى المقارنة بين التدليس والاكراه

١٣٦ ـ التدليس لا يخرج عن كونه مجرد أعمال احتيالية يراد بها التأثير على على ارادة العاقد من غير ضرورة استعمال الشدة والتهديد . وهو فى الواقع وسيلة اقناعية يلجأ اليها المدلس لادخال الخدعة من طريق الجدل وافساد المنطق الصراح . وأما الاكراه فهو على خلاف ذلك . اذ بالتهديد المادى أو الأدبى تتجلى مع ذلك حقيقة الواقع للمجنى عليه فلا تتشوه أمامه ولا تغيب عنه صورتها ، انما هو يرى الأفضل الرضاء بما أكره عليه حتى لا يقع فى محذور ما يهدده به المكره . فالتدليس تعمية على الحقيقة ومسخ لها . والاكراه يترك الحقيقة كما هى ولا يمسها وانما يعمل على الزام العاقد لرضاء بها جبراً عنه .وسواء شوهت الحقيقة على العاقد من طريق التدليس فرضى بالعقد أو أكره على الحقيقة بالتهديد فتعاقد ، فالرضاء فى الحالتين فاسد لارتفاع حرية التعاقد الصحيح

---

(١) د ، ٨٨ ، ١ ، ٢٦٣ ـ س ، ٨٧ ، ١ ، ٣٧٢ (٢) د ، ٨٨ ، ١ ، ٢٦٣ س ، ٨٧ ، ١ ، ٣٧٢

فاذا اختلف التدليس والاكراه من حيث الأصول الجوهرية لها فانهما يختلفان أيضاً فى مسألة أخرى وهى مصدر التدليس والاكراه أى من حيث شخصية المدلس والمكره

ذلك انه فى حالة الاكراه يجوز الفسخ سواء كان الاكراه آتياً من جانب العاقد المكره أم من جانب غيره وسواء كان العاقد شريكا للغير فى الاكراه أم لم يكن شريكا له بعكس التدليس فانه لا يصلح سبباً للفسخ الا اذا كان صادراً من نفس العاقد المدلس فاذا وقع التدليس من الغير فلا يؤثر على العقد . انما يجوز لمن ذهب ضحية التدليس أن يطالب هذا الغير بتعويض

١٣٧ - فى أصل هذه التفرقة وفى تبريرها : ان الرومان هم الذين قالوا بها ونقلها عنهم القانون الفرنسى بالمادة ١١١٦ اذ قررت هذه المادة ما يأتى « يعتبر التدليس سبباً لفسخ العقد اذا وقعت الأعمال الاحتيالية من جانب أحد العاقدين بحيث يتضح انه لولا وقوعها ما تعاقد العاقد الآخر . ولا يؤخذ فى التدليس بالظن بل يجب اثباته » . ويرى الناقدون انه لا معنى ألبتة لهذه التفرقة بين الاكراه الحاصل من الغير والتدليس الحاصل من هذا الغير ، ما دام أن الافصاح عن الارادة فى التعاقد قد أصبح مشوباً فى الحالتين[1] ولكن الآخذين بها يرجعون فى تبريرها الى الاعتبارات الآتية : يقولون إنه اذا كان التدليس واقعاً من الغير فليس للعاقد المجنى عليه حينئذ حق مؤاخذة العاقد الآخر عن هذا التدليس الذى لم يكن له ضلع فيه ولا يعتبر مسئولا عنه ما دام أن المتهم به شخص آخر لا تربطه به صلة ما . فاذا صح هذا التعليل فى حالة التدليس فهل لا يصح أيضاً نفس هذا التعليل فى حالة الاكراه الحاصل من الغير والذى لم يحصل من العاقد ؟ يجيب المحبذون للتفرقة على ذلك بان العاقد المجنى عليه فى الاكراه لا يملك من حرية التفكير والتمييز ما يملكه العاقد المجنى عليه فى التدليس . اذ يمكن لهذا الاخير الافلات من خطر الخدعة المحدقة به اذا أنعم النظر ودقق الفكر فيما يقال له . وهذا على خلاف العاقد المهدد بالاكراه فانه فى الغالب ينزل على ارادة المهدد له جبراً عنه وكرهاً منه

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٨٨

ويلاحظ الناقدون للتفرقة أن هـذا التدليل من جانب أنصار التفرقة تدليل ضعيف . ويقولون بانه من السهل على الانسان فى هذا الوقت الحاضر ، الذى ذاعت فيه المدنية أن يقاوم الا كراه المحدق به . وليس من السهل عليه مع ذيوع هـذه المدنية الافلات من مغبة الخدعة التى يراد بها التدليس عليه . وبناء على ذلك يرى الناقدون ضرورة حماية المجنى عليه تدليساً واكراهاً سواء كان التدليس والاكراه واقعين من العاقد الآخر أم من الغير[١]

١٣٨ — ويقضى القضاء الفرنسى بما تقرره المادة ١١١٦ مدنى فرنسى من التفرقة بين الاكراه والتدليس فيما يتعلق بالمصدر . اذ قضى بأنه اذا أعسرت شركة وأصبحت فى حالة عوز [٢] وجاء وكيل الدائنين [٣] لهذه الشركة وطالب أحد المكتتبين [٤] فى أسهم هذه الشركة بدفع قيمة هذا السهم وادعى هذا المشترك بان مدير الشركة [٥] خدعه فى هذه الصفقة ، فلا يقبل منه هذا الدفع لان هـذا التدليس وان صح وقوعه من قبل مدير الشركة فان المساهمين [٦] مسئولون مباشرة امام دائنى الشركة ويعتبر هؤلاء الاخرون أجانب [٧] بالنسبة لمدير الشركة [٨] وكذلك لا يقبل دفاع المشترك فى أسهم الشركة اذا ادعى بان تحويل السند اليه وهو التحويل الذى أصبح بمقتضاه مالكا لسهم الشركة ، قد شابه تدليس ، اذ لا يصح هذا الدفاع منه فيما اذا قاضته به الشركة بشأن تحويل هذا السهم لان التدليس المقول به واقع من الغير

١٣٩ — وما القول بشأن القانون المصرى ؟ : رأينا أن المادة ١١١٦ مدنى فرنسى تقول بشرط التدليس الواقع من أحد العاقدين . أما المادة ١٣٦ / ١٩٦ مدنى المصرية فانها لم تقل بذلك بل صاغت عبارتها بشكل عام بحيث يمكن أن تصلح

---

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٨٨ . (٢) déconfiture والافلاس خاص بالتجار فى فرنسا ومصر وكثير من البلاد الاخرى والاعسار لفظ عام ينصرف الى كل من لا يستطيع الوفاء بما عليه من الديون ولو لم يكن تاجرا . (٢) syndic (٤) souscripteur d'action (٥) gérant (٦) les actionnaires (٧) tiers (٨) (د ٧٩٥ ٢ ٥ ٨١٥ ٠ - بن ٥ ٨٠ ٥ ٢ ٥ ٣٣١) وهذا هو مايقضى به ايضا القضاء المصرى (استئناف م ١٠ مايو سنة ١٩١٢ م ت ق ٢٤ ٥ ٣٠١)

أداة للأخذ بمذهب الناقدين لمذهب التفرقة وربما تأيدت هذه المادة ١٣٦ بالمادة ١٣٣ / ١٩٣ مدنى مصرى ، لان هذه لم تشر هى أيضاً الى التفرقة بل وردت عبارتها عامة . كذلك ربما تأيدت المادة ١٣٦ بالمادة ١٣٥ / ١٩٥ مدنى مصرى الخاصة بالاكراه اذ لم تشر الى الاكراه الحاصل من الغير كما فعلت ذلك ، المادة ١١١١ مدنى فرنسى التى أشارت الى جواز فسخ العقد اذا وقع الاكراه من الغير أى من أجنبى عن العاقدين .

فهل مع هذا التعميم فى المواد المصرية ، ومع التعيين فى المواد الفرنسية ، يصح عدم الأخذ بالتفرقة الرومانية الأصل والفرنسية التجنس ، أو أن عدم الأخذ بالتفرقة مخالفة لأمر واقع وهو أن الشارع المصرى نقل تشريعه عن الشارع الفرنسى ، وأنه وان كان لم ينقل عباراته حرفاً بحرف فيما يتعلق بالاشارة الى التفرقة ، فانه فى الحقيقة لم يرد مخالفته ؟

١٤٠ — **الفقه المصرى** : يشترط دى هلس[١] أن يكون التدليس واقعاً من العاقد الآخر نفسه . وأنه لا يعبأ بالتدليس الحاصل من الغير ، الا اذا كان العاقد الآخر شريكاً للغير الذى دلس ، أو كان المدلس هو وكيل العاقد الآخر (أى العاقد المدلس لأجله لا المدلس عليه) . ولم يشر دى هلس مطلقاً الى نقد نظرية التفرقة ولا الى احتمال جواز الأخذ بعدم التفرقة مع هذا التعميم الملاحظ فى المواد المصرية . وكذلك فعل فتحى باشا زغلول[٢] فانه قال بما قال به دى هلس ولم يلاحظ هو الآخر ضرورة الاشارة الى نقد التفرقة والعبارات العامة للمواد المصرية

١٤١ — **القضاء المصرى**: رأينا الاستئناف المختلط بحكم ١٥ مايو سنة ١٩١٢[٣] يقضى بأن التدليس الواقع من الغير على المشترك فى أسهم شركة لا يصح أن يكون سبباً لفسخ عقد شراء هذه الأسهم . أى أن القضاء المصرى يرى هو الآخر كما يرى الفقه المصرى أنه يشترط فى التدليس الفاسخ للعقد أن يكون حاصلا من نفس أحد العاقدين لا من الغير . وقد ورد بأسباب ذلك الحكم ما يأتى : «وحيث أنه من المقرر

(١) ج ١ ص ٤٩٢ ن ٦٤ (٢) شرح المدنى ص ١٣٣ (٣) م ت ق ، ٢٤ ، ٣٤١ ،

أن التدليس لا يعتبر سبباً لفسخ العقد [1] إلا اذا وقعت الأعمال التدليسية من جانب الشخص نفسه الذى استفاد من العقد (والمادة ١٩٦ مدنى مختلط تقابل المادة ١١١٦ مدنى فرنسى) » ومن غريب أمر هذا الحكم أنه يجعل المادة ١٩٦ مدنى مختلط (المطابقة تماماً للمادة ١٣٦ مدنى أهلى) مشابهة للمادة ١١١٦ مدنى فرنسى مع وجود هذا الفرق الهائل فى التعبير بين الاثنتين كما بيناه

وان كان رأى الفقه والقضاء المصريين كما رأينا الا أننا لا نستطيع ترك النصوص المصرية وعلى الأخص المادة ١٣٦ / ١٩٦ مدنى مع عباراتها العامة ، من جانب ، ومع قيام الناقدين لنظرية التفرقة بين الاكراه والتدليس من جانب آخر ، وهو هذا النقد الذى قال به كولين وكابتان [2] ، قلنا لا نستطيع مع هذه الظروف كلها أن نمر على هذه المادة ١٣٦ / ١٩٦ المصرية دون أن نوفيها نصيبها من البحث على ضوء نقد الناقدين وبما أنه لا محل قانوناً وعقلا لهذه التفرقة بين مصدر الاكراه ومصدر التدليس سوى رغبة الأخذ بالتقاليد القانونية الرومانية ، لان النتيجة فى الاكراه والتدليس بصرف النظر عن مصدريهما ، ان هى الا افساد الرضاء وجعله مشوباً ، فانا لذلك نميل فى الأخذ بنظرية الناقدين . وأكبر سند لنا هو العبارات العامة للنصوص المصرية . وليس ببعيد أن يكون الشارع المصرى قد أراد الاخذ بالتسوية بين الاكراه والتدليس مادام انه لم يشر مطلقاً لا فى مادة الاكراه (المادة ١٣٥ / ١٩٥ مدنى) ولا فى مادة التدليس (١٣٦ / ١٩٦ مدنى) الى أن الاكراه مفسد للعقد حتى ولو صدر من غير أحد العاقدين ، وأن التدليس لا يكون مفسداً للعقد الا اذا صدر من أحدهما ، كما أشار الى ذلك ، القانون الفرنسى بالمادتين ١١١١ فيما يتعلق بالاكراه و ١١١٦ فيما يتعلق بالتدليس

هذا ومما يجعلنا نميل الى الاخذ بنظرية الناقدين أن القضاء الفرنسى نفسه والفقه المصرى أيضاً كما لاحظنا ذلك على دى هلس ، أخذا يخففان من شدة المبدأ القائل بالتفرقة ، وذلك :

١ ـ اذا كان من نتائج التدليس الحاصل من الغير على أحد العاقدين أن أثر

---

(1) rescision (2) ج ٢ ص ٢٨٨ -

تأثيراً ظاهراً على رضائه بأن محا فيه الرضاء محواً تاماً أو أثر عليه تأثيراً مفسداً له ، جاز مع ذلك طلب فسخ العقد [(١)]

٢ ـ كذلك فى الهبة بين الاحياء فانها تبطل اذا شابها تدليس واقع من الغير

٣ ـ وكذلك فى الوصية [(٢)] اذ يجوز ابطالها اذا شابها تدليس من الغير

هـ — فى الغبن [(٣)]

١٤٢ — الغبن [(٤)] هو الضرر [(٥)] الذى يصيب العاقد عند قبوله بعمل قانونى . ولا يفهم الغبن الا فى العقود بعوض . أما العقود بلا عوض كعقد الهبة فلا يعول فيها على الغبن . ويفهم الغبن أيضاً فى العقود المؤكدة [(٦)] ولا يفهم فى العقود الاحتمالية [(٧)] . لان العقود المؤكدة هى ما تتساوى فيها المنافع فى نظر الكافة كالاجارة والمعارضة وأما العقود الاحتمالية فهى التى يتعذر فيها أو يتعسر معرفة النسبة بين قيمتى التعهدين كما فى المرتبات المقررة [(٨)]

والاصل ان الغبن الفاحش لا يفسد العقد ما دام أن العاقد كان وقت العقد متمتعاً بحرية أو ارادة التعاقد فكان له الامتناع عن التعاقد . أما وقد تعاقد فلا يلومن الا نفسه أى انه اذا نظر الى الغبن من وجهة التوازن بين ما خرج من مال العاقد وما عاد عليه من المنفعة ، أى من الوجهة المادية للعقد [(٩)] ، وتبين أن غبناً فاحشاً أصابه ، فلا يجوز له فى هذه الحالة طلب فسخ العقد . وأما اذا نظر الى الغبن الفاحش من الوجهة الشخصية للعاقد [(١٠)] باعتبار انه خدع فى العقد بان دُلس عليه أو وقع هو فى الغلط ، فانه يجوز له فى هذه الحالة طلب الفسخ ، وليس أساس الفسخ هنا هو الغبن بذاته ومادته [(١١)] ، بل أساسه ما قام بالشخص الذى أصابه الغبن من الظروف الشخصية الخاصة به ، أى الغبن الشخصى [(١٢)]

١٤٣ - قلنا ان الغبن فى ذاته أى الغبن المادى لا يصلح أن يكون سبباً

---

(١) كولن وكابتان ج ٢ ص ٢٨٨ (٢) legs (٣) دموج ج ١ ص ٦١٩ ـ ٦٩٥ ن ٣٩٩ ـ ٤٦٢ مكررة (٤) lésion (٥) préjudice (٦) contrats commutatfis (٧) contcrats aléatoires (٨) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٨٩ ـ فتحى باشا زغلول ص ١٣٤ و ١٤٧ (٩) cobjectivement (١٠) subjectivement (١١) lésion objective (١٢) lésion subjective

للفسخ . ولكن الرومان أجازوه فى موضعين من طريق الاستثناء للقاعدة العامة : أجازوه فى حالة القاصر الذى لم يبلغ الخامسة والعشرين [1] بان أباحوا له حق رفع دعوى المطالبة برد الشيء الى أصله [2] اذا أصابه غبن من تعاقده مع الغير . وأباحوه فى حالة البيع بغبن بوجه عام

وقرر علماء فرنسا السابقون على وضع قانون سنة ١٨٠٤ الأخذ بالغبن الفاحش [3] فى طلب الفسخ اذا وقع الغبن فى النصف وزيادة فى بيع العقار وقصروه على البائع . ثم رغبوا فى الاخذ بهذه القاعدة فى العقود المؤكدة بوجه عام . وقال بذلك بوتييه .

١٤٤ ـ ولما جاء قانون سنة ١٨٠٤ الفرنسى لم يشأ أن يأخذ بهذه القاعدة المتقدمة وقرر بان الغبن لا يفسخ العقود . وذلك لان للعاقدين وقت العقد حق التعاقد وحق الامتناع عنه

على ان القانون الفرنسى استثنى من هذه القاعدة التى قررها أحوالا رجع فيها الى اعتبارات خاصة ببعض الاشخاص (المادة ١١١٨) . ويريد بالاعتبارات الشخصية حالة القاصر (المادة ١٣٠٥) وأما الاعتبارات الاخرى فترجع للعقود الآتية : ـ

١) يعتبر الغبن سببا فاسخا للعقد فى حالة بيع عقار لمصلحة البائع فقط ، اذا زاد الغبن على $\frac{٧}{١٢}$ من الثمن (المادة ١٦٧٤ وهى خاصة بالبيع)

٢) يؤخذ بالغبن فى حالة القسمة اذا زاد عن الربع (المادة ٨٨٧) وأساس هذه القاعدة أن المساواة هى روح القسمة

٣) يؤخذ بالغبن فى حالة قبول الوارث التركة اذا استغرقت بالوصايا العديدة (المادة ٧٨٣)

أى أن القانون الفرنسى قرر بطريقة عامة عدم الاخذ بالغبن فى فسخ العقود ، وأكد ذلك بالمادة ١٧٠٦ الخاصة بالبدل [4] حيث قرر بأنه « لا يؤخذ بالغبن فى حالة عقد البدل » . وبالمادة ٢٠٥٢ فيما يتعلق بالصلح حيث قرر بان عقد الصلح

(١) mineur de vingt-cinq ans (٢) restitutio in integrum (٣) lésion enormis (٤) échange

لا يطعن فيه لا بسبب الغلط القانونى ولا بسبب الغبن . وقد جرى القضاء الفرنسى أيضا على عدم الاخذ بالغبن كسبب فاسخ للعقود [١]

هذا هو حكم الغبن فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى بدوريه قبل سنة ١٨٠٤ وبعد سنة ١٨٠٤ .

١٤٥ — **الغبن فى الشريعة الاسلامية** : ميزت الشريعة الاسلامية بين الغبن البسيط والغبن الفاحش والغبن الفاحش المشوب بالتغرير

فالغبن البسيط لا يعبأ به لانه لم يخرج عن مهارة المتعاقدين فى التبايع وهى المهارة المشروعة

والغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين (المادة ٤٣٨ فقرة ٣ من مرشد الحيران) . وحكمه ان لا يفسخ عقد البيع الا فى مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المال (المادة ٤٣٩ من مرشد الحيران)

والغبن الفاحش المشوب بالتغرير هو الغبن المصحوب بالتدليس على المشترى وحكمه فسخ عقد البيع (المادة ٤٣٨ من مرشد الحيران الفقرة ١) ولاينتقل هذا الحق لورثة المغبون (المادة ٤٤٠ من مرشد الحيران) ويزول بتصرف المغبون بعد علمه به (المادة ٤٤١) . وهلاكه عليه (المادة ٤٤٢)

ويفهم من ذلك كله ان الغبن لا يؤخذ به فى الشريعة الاسلامية الافى حالة البيع وعند ما يكون غبناً فاحشاً بتغرير أو بغير تغرير

١٤٦ — **الغبن فى القانون المدنى المصرى** : لم يشر القانون المصرى الى الغبن الافى المواد ٣٣٦ / ٤١٩ مدنى و٣٣٧ / ٤٢٠ مدنى : وقررت أولاهما جواز الاخذ بالغبن بالشروط الآتية : أن يكون العقد عقد بيع . والمبيع عقاراً والبائع قاصراً . والغبن يزيد عن الخمس . والغرض من الدعوى المطالبة بتكملة الثمن . وقررت ثانيتهما ان الدعوى تسقط بمضى سنتين من تاريخ بلوغ القاصر أو من تاريخ وفاته [٢]

---

(١) د ٧ . ٩ ، ١ ، ٠ . ٨ ـ ص ٩٠٨ ، ١ ، ٢٩ (٢) شرح المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٢٥٢ ـ ٢٥٣ ـ جراعولان كتاب العقود ص ٦٧ ـ ٦٨ ن ١٧٩ ـ ١٨٣

هذا ونلاحظ ان المادة ٢٣٥ / ٣٠٠ مدنى التى تقول بان الثمن يمثل القيمة التى قدر المتعاقدان بها البيع لاتريد الاشارة الى الغبن حتى يقال بان الغبن مأخوذ به بوجه عام فى حالة البيع . بل غرض هذه المادة الاشارة الى استبعاد الثمن التافه [1] . وأما الثمن التافه فهو ما لا تناسب مطلقاً وبأى كيفية بينه وبين قيمة المبيع كبيت بجنيه واحد [2]

وعلى ذلك فالشارع المصرى لا يأخذ بالغبن ولا يعتبره سبباً للعقود الا فى حالة القاصر بشروط المادتين ٣٣٦ و٣٣٧ مدنى فقط . وهو يتحد مع الشارع الفرنسى فى تقرير هذه القاعدة بوجه عام . ولكنه يختلف عنه فيما يأتى :

١) إن الشارع المصرى لا يأخذ بالغبن فى حالة ما اذا كان المبيع عقاراً وكان الغبن زائداً عن $\frac{٧}{١٢}$ (المادة ١٦٧٤ فرنسى) . هذا العقد جائز الفسخ فى القانون الفرنسى وغير جائز الفسخ فى القانون المصرى

٢) لا يأخذ الشارع المصرى بالغبن فى حالة القسمة اذا زاد الغبن عن الربع (المادة ٨٨٧ فرنسى) . بل وردت المواد ٤٤٠ — ٤٦٢ مدنى الخاصة بالقسمة دون الاشارة الى حكم المادة الفرنسية . وعلى ذلك لا محل لفسخ عقد القسمة فى مصر بلغ الغبن ما بلغ

وان كان الشارع الفرنسى قد أيد نظريته العامة فى عدم الاخذ بالغبن فى غير الاحوال المستثناة ، فقد أيد ذلك أيضاً بالمادتين ١٧٠٦ الخاصة بالبدل و٢٠٥٢ الخاصة بالصلح، ولم يرد لأولاهما مثيل فى القانون المصرى. الا انه لا يمكن ان يقال بان الشارع المصرى أراد مخالفة الشارع الفرنسى بل يجب القول طبقاً للقواعد العامة المقررة بمصر انه لا يؤخذ بالغبن كسبب فى الفسخ ومما يؤيد ذلك ان الشارع المصرى قرر بالمادة ٥٣٥ / ٦٥٧ مدنى الخاصة بالصلح ما قررته المادة ٢٠٥٢ فرنسى أى لا يطعن فى الصلح الا بالغلط والغش وتزوير الاوراق وهى سند الصلح أى انه لا يجوز الطعن بالغبن .

(١) راجع النص الفرنسى للمادة المصريه هذه لان النسخة العربية لم تأت بهذا التعبير الذى اخذناه عن النسخة الفرنسية المصرية (٢) شرح البيع لحلمى باشا عيسى ص ٢١٠ ن ٦٢

هذا ونرى لن القانون المصرى لم يخالف الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالغبن . لانهما يتفقان فى ان الغبن لا يصلح سبباً لفسخ عقد البيع (البيع فقط) الا اذا كان فاحشاً ومشوباً بالتغرير . والتغرير فى الشريعة هو التدليس فىالقانون . أى أن السبب الحقيق للفسخ ليس هو الغبن فى ذاته أى الغبن المادى [1] بل السبب فى الفسخ هو التدليس أى الغبن الذى يرجع لاعتبارات شخصية أثرت على المشترى [2]

١٤٧ — *الغبن فى قانون العقوبات المصرى* : اذا كان الغبن لا يؤاخذ عليه فى القانون المدنى الا فى أحوال خاصة فانه مؤاخذ عليه فى قانون العقوبات اذا شابته طرق احتيالية حتى أصبح نصباً ، اذ يعاقب عليه القانون مهما قل الغبن ، حتى لو حصل شروع فىالغبن (المادة ٢٩٣ / ٣٠٢ عقوبات و٤٥ فرنسى) . أما اذا كان المجنى عليه أقل من ثمانى عشرة سنة أو امتدت الوصاية عليه واتهز الغير فرصة احتياجه أو ضعفه أو هوى نفسه وحصل منه أضراراً به على كتابة أو ختم سندات تمسك أو مخالصة متعلقة باقراض أو اقتراض مبلغ من النقود أو شىء من المنقولات الخ مهما كانت طريقة الاحتيال اعتبر ذلك أمراً يعاقب عليه القانون (المادة ٢٩٤ / ٣٠٣ عقوبات و٤٠٦ فرنسى)

هذا وقد ادخل الشارع المصرى سنة ١٩١٢ نصاً جديداً بقانون العقوبات (القانون رقم ١٢ فى ٨ يونيو سنة ١٩١٢) وهو المادة ٢٩٤ مكررة بان كل من انتهز فرصة ضعف أو هوى نفس شخص مهما كانت سنه وأقرضه نقوداً بأى طريقة كانت بفائدة تزيد عن الحد الاقصى المقرر قانوناً ، يؤاخذ جنائياً وكذلك المتادى على الاقراض بالربا الفاحش (المادة المذكورة)

١٤٨ — هذا وقد قرر الشارع الفرنسى بقانونه الصادر فى ١٢ مارس ١٩٠٠ مؤاخذة من يسرق فى بيع أوراق البورصة بيعاً مؤجلا وقرر قانون ٨ يوليو سنة ٩٠٧ الفرنسى حماية المزارعين ضد تجار السباخ .

وعلى ذلك فان الشارحين الفرنسيين لا يرون فى هذا كله الكفاية بل يلحون على

(١) objectivement (٢) subjectivement

ضرورة التشريع لاجل حماية البسطاء من الفلاحين والقرويين الذين يستهدفون لمصائد المحتالين الذين يحتالون عليهم ويبيعون لهم أشياء بأثمان عالية . ويرون أن هذا الاحتيال صورة من صور الربا الفاحش فيؤاخذ عليه بجزائه [1] . ويلحون أيضاً في التشريع للعمال حتى لا يضار هؤلاء في عقد العمل الذي يعقدونه مع رب العمل ، وعلى الاخص العمال الذين يشتغلون في بيوتهم

١٤٩ — *الغبن والقانون المقارن* : يظهر ان الشرائع الفنية لم تشأ أن تترك فراغاً في قوانينها دون الاشارة الى الغبن وحماية من يقع فيه . ذلك أن المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري الصادر سنة ٩١٢ قررت أنه « اذا اختل التناسب اختلالا ظاهراً بين ما التزم به أحد العاقدين وما التزم به الآخر جاز للعاقد المغبون المطالبة في ظرف سنة بفسخ العقد واسترداد ما دفعه ، وذلك فيما اذا كان الغبن قد وقع بسبب ما نزل به من الضيق أو بسبب طيشه أو قلة تجربته . ويبتديء سريان السنة من وقت انعقاد العقد . »

وقرر القانون الالماني في المادة ١٣٨ ما يأتي : « العمل القانوني المخالف للعادات الحسنة باطل . وكذلك يبطل العمل القانوني اذا استعان به الشخص في انتهاز احتياج الغير وطيشه وعدم تجربته وحصل بمقتضاه لمصلحته أو لمصلحة آخر على التبادل في التزام ، أو على الحصول على وعد منه بالقيام بأداء أعمال تتعلق بالمال ومن شأنها أن تزيد عن القيمة الحقيقية . ومع ملاحظة ظروف العقد يمكن الوقوف على اختلال التوازن اختلالا ظاهراً بين الالتزامين »

هذا هو شأن التشريع المقارن . ولكن هل من السهل التسليم بهذا المبدأ القائل بالغبن في كل حالة يختل فيها التوازن بين الالتزامين المتبادلين ؟ أليس في الاخذ به صعوبة كبرى على القاضي وخطورة على دورة الاعمال بين الناس ؟ هذا هو ما نشك فيه

٢) محل العقد

١٥٠ — أشار القانون الى محل العقد بالمادة ٩٥ / ١٩٤ مدني ، وأشار اليه

(١) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٢٩١

القانون الفرنسي بالمواد ١١٢٦ — ١١٣٠ . وقررت المادة المصرية ما يأتي : « يجب أن يكون الغرض [١] من التعهد [٢] فعلا ممكناً [٣] جائزاً [٤] والا كان باطلا . فاذا كان الغرض منه اعطاء شيء [٥] وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيه [٦] ولزم تعيينه [٧] ولو بالنوع [٨] وأن يكون صنفه [٩] مبينا [١٠] بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال » وعبارة « بكيفية تمنع الاشتباه » قد أوردها المترجم من عنده تفسيراً لكلمة مبيناً .

وهذه المادة المصرية اشتملت بوجه التقريب على ما قررته المواد الفرنسية ١١٢٦ — ١١٣٠ ماعدا المادة ١١٣٠ الخاصة بعدم جواز التنازل عن الحق في التركة التي لم يتوف صاحبها بعد ، وبعدم جواز التعاقد بشأن تركة لازال صاحبها حياً يرزق حتى ولو وافقه هذا الأخير على التعاقد . لان هذا المنع ورد بالقانون المصري في البيع (المادة ٢٦٣ / ٣٣٢ مدني)

١٥١ — والغرض من محل العقد هو محل نفس الالتزام الذي فرض على كلا العاقدين أو على أحدهما فقط أي الشيء المطلوب تسليمه أو العمل المطلوب اجراؤه أو الامتناع عنه لان العقد هو العمل القانوني [١١] الذي يراد به تقرير التزام يتحمل به العاقدان أو أحدهما كما ذكرنا . فمحل العقد في الواقع هو محل الالتزام والالتزام هو أثر العقد . والشيء والعمل والامتناع كل ذلك هو محل الالتزام . وعلى ذلك يمكن القول بأنه ليس للعقد محل [١٢] بل محل العقد الذي يقولون عنه هو محل الالتزام بالذات . وبالايجاز فمحل العقد هو نفس الالتزام المحمل به طرفا العقد أو أحد الطرفين وعلى ذلك لم تصب المادة ١١٢٦ مدني فرنسي في قولها بأن « لكل عقد محل ينحصر في شيء يلتزم بتسليمه أحد الطرفين أو يتعهد أحد الطرفين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل » لانه يراد بمحل العقد كما ذكرنا محل الالتزام ولانه ليس للعقد محل بل يترتب على العقد فقط الالتزام

(١) objet (٢) obligation (٣) fait possible (٤) licite (٥) obligation de donner (٦) dans le commerce (٧) déterminé (٨) espèce (٩) qualité (١٠) précisée (١١) acte juridique
(١٢) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٣٩٣

١٥٢ — ومادام أن الأصل فى العقود حرية التعاقد أى انه للمتعاقدين الاتفاق كما يشاءان ، على تقرير الالتزامات التى يريان تقريرها ، الا أن ذلك مقيد بحدود النظام العام . ولذا لا يجوز أن يكون محل الالتزام أو محل العقد كما يقولون شيئاً أو عملا أو امتناعاً عن عمل مخالفاً للنظام العام [١]

فيجوز حينئذ أن يكون محل العقد شيئاً موجوداً وقت التعاقد [٢] أو شيئاً سيوجد فيما بعد[٣] (المادة ١١٣٠ مدنى فرنسى) وأغلب العقود التجارية تتعلق بأشياء مستقبلة لانه يوصى عليها بالمصانع والمعامل

ومن العقود الشائعة فى مصر بيع الأشياء المستقبلة كالأقطان قبل نموها وقبل زرعها . فيجوز أن يبيع البائع كذا من القناطير من زراعة هـذا العام أو العام القادم بسعر القنطار كذا . هذا العقد صحيح مادام من المحتمل نمو الزرع وحصاده فى ميعاده الطبيعى . وجرى القضاء المصرى على اعتبار هذا العقد صحيحاً ولـكن الشارع المختلط نص فى المادة ٣٣٠ مدنى على انه لا يصح بيع أثمار الشيء قبل انعقادها[٤] ولا بيع الزرع قبل نباته[٥] وهو نص يتعارض مع ما قرره القضاء المصرى الأهلى والقضاء والفقه الفرنسيان. واذا أخذ به كما هو ترتب على ذلك الحكم بعدم صحة العقود الخاصة ببيع المحصولات بمصر قبل نموها وزرعها . وهذا ما يعطل الحركة التجارية القطنية وغيرها بمصر . لذا عمل القضاء المختلط على تفسير هذه المادة تفسيراً يتفق مع الضرورات التجارية المصرية ومع القواعد العامة الخاصة بصحة بيع الاشياء المستقبلة . ذلك أنه قرر بأن هذه المادة تقضى فقط ببطلان العقود الخاصة ببيع المحصولات المستقبلة بيع جزاف [٦] ومن غير تعيين المقادير المبيعة [٧] وانها لا تتعلق ببيع المحصولات المستقبلة اذا تعين سعر الوحدة كسعر القنطار أو الاردب كذا من النقود ، اذ يعتبر ثمن المحصولات المبيعة متناسباً مع الـكمية المبيعة [٨]

وقرر القضاء المختلط فوق ذلك بأنه لا يستفيد من هذا الحظر سوى البائع [٩]

---

(١) بلانيول ج ٢ ص ٣٣٦ ن ١٠٠٩ وما بعدها (٢) chose présente (٣) chose future (٤) poussés (٥) pas encore sortie de la terre (٦) en bloc (٧) à forfait (٨) استئناف م ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ت ق ، ٢٣ ، ٧٧ استئناف م ١٥ فبراير سنة ١٩٠٠ م ت ق ١٢ ، ١٣٠ (٩) م ت ق ، ١٩ ، ١٣١ .

هذا وقد قررت المادة ٢٣١ مدني ما يأتي : « بيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل الأثمار التي تنعقد والزرع الذي ينبت بعد البيع » أي بيع الأثمار النابتة الحاضرة يشمل ما سينبت فيما بعد أي يصح بيع الأثمار التي ستنمو فيما بعد اذا كانت تابعة لأثمار نامية من قبل [1]

وكما يجوز التعاقد بشأن الأشياء المادية المستقبلة فانه يجوز التعاقد بشأن الحقوق المستقبلة أي يجوز التعاقد بشأن حق لم يوجد بعد ، أو حق معلق على شرط أو حق محتمل . وعلى ذلك يصح العقد الذي يلتزم فيه الشخص بأنه يؤجر من باطنه أو يبيع من باطنه للعاقد الآخر فيما اذا رسا عليه مزاد الايجار أو مزاد البيع [2] ويصح العقد الذي يبيع به المؤلف للناشر كتاباً سيضعه فيما بعد . وكذلك يصح العقد الذي يراد به رهن عقار ضماناً لفتح اعتماد [3] لحساب بين المقرض والمقترض

١٠ ـ في اشتراط العاقد على نفسه بأن الغير يقوم بعمل معين

١٥٣ ـ جرى القانونيون من زمن على اشتراط أربع شروط في صحة محل العقد وهذه الشروط هي : ١) أن يكون للعاقدين مصلحة ظاهرة في تقرير الالتزام المبين بالعقد ـ ٢) أن يكون الشيء الموعود به معيناً أو قابلا للتعيين ـ ٣) أن يكون الالتزام ممكناً ـ ٤) أن يكون الالتزام شخصياً بالنسبة للملتزم . ويظهر أن هذه الشروط الاربعة لم تخرج عن كونها حقائق بديهية كما سنبينه بعد :

الشرط الاول : *أن يكون للعاقدين مصلحة ظاهرة في تقرير الالتزام* :

يقول الشارحون في هذا الشرط انه يجب أن يرمى الالتزام الى مصلحة مالية تعود على الدائن ويلاحظ بأن القضاء لم يقرر ذلك . بل الذي قرره انه يجب الاخذ بالعقد مهما كانت الفائدة التي تعود من ورائه مالية كانت أو غير مالية ، لانه يجب عدم المساس بحرية المتعاقدين في تقرير عقدهم طالما أن هذا العقد لا يمس النظام العام [4] ولا العوائد الحسنة [5]

(١) دى هلس ج ٤ ص ٤٥١ ـ ٤٥٢ ن ٦٦ (٢) د ٤ ٨٩ ، ١ ، ٢٨١ ، س ٨٦ ، ١ ، ٢٥٦ . ـ استئناف ٢ فبراير سنة ٩٢٠ م ر ١ ، ٢١ ص ١٣٦ عدد ٨٢

(٣) ouverture de crédit (٤) ordre public (٥) bonnes mœurs

الشرط الثاني : **أن يكون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعيين** . تقول بذلك المادة ١١٢٩ مدني فرنسي . ومن الواضح الجلي انه لا يمكن أن يفهم العقد الا اذا كان قد تعين محله أي تبين محل الالتزام . واذا كان محل العقد قد تعين جنسه فقط فانه يجب تعيين مقداره ولو بالتقريب ويستحيل على عاقلين أن يتعاقدا على غير شيء

الشرط الثالث : **يجب أن يكون الشيء ممكناً** [١] والمقرر انه لا يصح الالتزام عن شيء مستحيل [٢] وهو معنى القاعدة القائلة بأنه لا يلزم الانسان بالمستحيل [٣] فاذا تعهد العاقد بتوريد شيء صدر به قانون من قبل التعاقد بمنع المتاجرة به أصبح التعاقد غير صحيح لان الوفاء به مستحيل . والغرض من الاستحالة هي الاستحالة السابقة على العقد [٤] وأما اذا عرضت الاستحالة فيما بعد فان العقد لا يعتبر باطلا . انما يعتبر العقد قابلا أو غير قابل للوفاء تبعاً للظروف المحيطة بالاستحالة الطارئة

الشرط الرابع : **يجب أن يكون الالتزام شخصيا بالنسبة للملتزم** . قالت في ذلك المادة ١١١٩ مدني فرنسي ما يأتي : « لا يجوز للعاقد أن يتعاقد الا عن نفسه خاصة [٥] » وهو بمعنى القاعدة الرومانية المعروفة [٦] ويستحيل عقلا وبداهة أن يتعاقد الشخص عن غير نفسه . انما يحصل في مجال العمل أن يتعهد الشخص بأن شخصاً آخر يقوم باداء محل العقد وفي هذه الحالة يعتبر العقد صحيحاً لان الذي يتعهد به انما هو أن يسعى لدى الغير في أن يقوم بالوفاء بالالتزام المقرر بالعقد [٧] فاذا التزم الغير بالوفاء ورضى به برئت ذمة العاقد الذي تعهد بالحصول على قبول الغير [٨] وكذلك تبرأ ذمة العاقد فيما اذا وفى الغير بالالتزام . أما اذا تعهد العاقد بجعل الغير يقبل العقد وعند عدم قبول الغير به فانه يقوم هو بنفسه بالوفاء بالالتزام، فيعتبر هذا العاقد في هذه الحالة متعهداً كفيلا [٩] وتبرأ ذمته اذا وفى الغير بالالتزام ؛ وهذا هو ما تقول به المادة ١٩٢٠ مدني فرنسي اذ نصت على أنه « ومع ذلك يجوز

---

(١) possible
(٢) impossibilium nulla est obligatio أى il n'y a pas d'obligation de choses impossibles
(٣) à l'impossible nul n'est tenu
(٤) impossibilité originaire
(٥) on ne peut s'engager que pour soi-même
(٦) nemo alienum factum promettere potest
(٧) وهذا النوع من التعاقد يسمى contrat de porte-fort
(٨) le porte-fort
(٩) porte-fort - caution

أن يتعهد الانسان بأن الغير يقبل هذا التعهد . ويصح مطالبة هذا العاقد بتعويض اذا رفض الغير قبول التعهد »

٢ — فيما لا يجوز التعاقد فيه

١٥٤ — لا يجوز التعاقد فيما هو خارج عن دائرة التعامل بين الناس [١] أى يجب أن يكون الشيء مما يجوز التبايع فيه كما تقول المادة ٩٥/١٤٩ مدنى فلا يجوز حينئذ التعامل فيما هو خاص بالمنافع العامة

كذلك لا يجوز التعاقد فى الاشياء الآتية :

١) الاحوال الشخصية الخاصة بالافراد فانه لا يجوز التعاقد فيها على ما يخالف هذه الاحوال المقررة بالقوانين

٢) حرية الشخص على اختلاف انواعها . مثل حرية العمل وحرية المتاجرة . فلا يجوز التعاقد على ما يمس هذه الحرية مساساً ظاهراً وقد قررت المادة ٤٠٢/٤٩٠ مدنى و١٧٨٠ فرنسى بانه لا يجوز ان يكون ايجار المستخدمين [٢] والعملة [٣] والخدمة المنزلية [٤] الا لزمن معين » وعلى ذلك لا يجوز التعاقد مع هؤلاء الاشخاص تعاقداً يربطهم طول الحياة

٣) الوظائف العامة . من شغل وظيفة عامة ليس له حق التصرف فيها . ما عدا ما هو معروف بفرنسا من الوظائف العامة المملوكة للافراد [٥] والتى يجوز ان تورث كما يجوز التصرف فيها مع مراعاة قيود خاصة مقررة فى القوانين : مثال ذلك مكاتب المحضرين ووكلاء الدعاوى [٦] وموثقو العقود [٧] فان اصحابها ليسوا من موظفى الحكومة مع قيامهم باعمال رسمية عامة

٤) بعض المواد التى يمنع القانون المتاجرة فيها الا بقيود خاصة كالمواد السامة والأسلحة

---

(١) choses hors du commerce (٢) employés (٣) ouvriers (٤) domestiques
(٥) offices ministériels (٦) avoués (٧) notaires

٣ — فى التعاقد على أموال التركة

قبل وفاة صاحبها

١٥٥ — قررت المادة ١١٣٠ فقرة ٢ فرنسى ما يأتى : « لا يجوز التنازل عن حقوق فى تركة لم تفتح بعد (أى لم يتوف صاحبها) ولا يجوز التعاقد بشأن هذه الحقوق حتى لو كان التعاقد حاصلا برضاء صاحب التركة » وتقول المادة ٢٦٣/٣٠٢ مدنى ما يأتى : « بيع الحقوق فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه » والمعنى واحد فى الاثنين الا ان المادة الفرنسية وردت فى الالتزامات فيما يتعلق بمحل الالتزام فكانت عامة تشمل كل التزام مهما كان نوعه . واما المادة المصرية فقد وردت فى الباب الخاص بالبيع فاوهم وجودها بهذه الصفة بان الحظر قاصر فقط على حالة البيع دون الاحوال الاخرى كالبدل مثلا . وهذا غير صحيح بل الحظر عام

١٥٦ — هذا التعاقد عن التركة قبل فتحها [1] يشمل نوعين من العقود :

١) *التعاقد بشأن تركة الغير* : كأن يتعاقد الوارث المحتمل ، وذلك من طريق التصرف فى حقوقه المحتملة التى يمكن أن يرثها فى تركة من تحتمل وراثته له [2]، اما مع وارث محتمل آخر مثله أو مع الغير أى الاجنبى عن التركة . فمثل هذا التعاقد، بين الورثة كتقاسمهم للتركة فى حالة حياة مورثهم ، وغير ذلك ، تعاقد باطل

٢) *التعاقد من قبل صاحب التركة* : كأن يتصرف صاحب التركة فى حياته من طريق التعاقد مع الغير على جعل هذا الغير وارثاً له مع كونه ليس وارثاً شرعياً أو أن يهب المورث وارثه شيئاً معيناً فى حياته فى مقابل ان يتعهد الوارث بالتنازل من الآن عن حق المطالبة بنصيبه فى الميراث بعد موت الواهب وهو المورث . أو أن شخصين يتفقان بعقد بان كلا منهما يعتبر وارثاً للآخر : هذه العقود على اختلاف أنواعها باطلة لمساسها بالنظام العام

(١) ويسمى pactes sur successions futures (٢) héritier présomptif

ضمن التعاقد بشأن تركة الغير فالحظر فيه يرجع الى وجهة اقتصادية لان مثل هذا التعاقد لا ينشأ عنه الا الاضرار لانه لا يحصل عادة الا من وارث مدفوع بالرغبة فى الحصول على نقود لوقته فيتنازل عن حقوقه لمراب بثمن بخس . ومثل هذا التعاقد يمس الاحساس العام لانه مما لا يتفق مع الاخلاق العامة ان يتعاقد الوارث عن حق لم يتملكه بعد ، الأمر الذى يشعر بانه يرغب فى قرب ساعة وفاة مورثه

وأما عن تعاقد صاحب التركة فى تركته فى حياته فقد كان مباحاً قبل وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ وجاء الشارع الفرنسى فى تلك السنة لحظر هذا التعاقد لانه يرى من اللازم ترك صاحب التركة حراً فى تنمية ماله حال حياته ، ولكنه مع ذلك ليس ممنوعاً من عمل وصية فى حياته

وبطلان هذا العقد متعلق بالنظام العام كما قلنا . وعلى ذلك يجوز للقاضى الحكم به من تلقاء نفسه دون أن يطلبه أحد خصوم الدعوى .

واذا باع المالك عقاراً يمتلكه واحتفظ بحق المنفعة طول حياته ثم احتفظ بحق التصرف فى العقار أيضاً طول حياته ، اعتبر هذا العقد باطلا لانه عقد يتعلق بالتصرف فى تركة الشخص نفسه الموجود على قيد الحياة . وكذلك يبطل العقد فيما اذا كان خاصاً ببيع ما يمتلكه البائع من الممتلكات الحاضرة والممتلكات المستقبلة لان هذه الممتلكات المستقبلة لا تتعين تعييناً نافياً للجهالة الا يوم وفاة البائع ، لذا وجب اعتبار العقد باطلا [1]

أما اذا باع المالك أطيانه حال حياته لاولاده بعقد ثم تعاقد معهم بعقد آخر على أن يحتفظ لنفسه بحق المنفعة وحق التصرف فى الاطيان طول حياته ما دام أولاده فى معيشة معه ، بحيث اذا انفصلوا منه وزرعوا الارض وجب عليهم أن يدفعوا له مرتباً طول حياته ، اذا حصل ذلك اعتبر العقد الاول عقد بيع والعقد الثانى عقد تنازل عن حق الانتفاع أو تقرير مرتب طول الحياة ، أى يعتبر العقدان صحيحين ولا يصح الطعن فيهما بأنهما متعلقان بالتعاقد على مال المورث قبل وفاته [2]

(١) دى هلس ج ٤ ص ٤٥٥ ن ٧٩ (٢) استئناف ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ـ ام ر ١٢ ص ١٠٣ رقم ٨٢

١٥٧ – في التعاقد بشأن تركة الغير: ١ . – من حيث التاريخ. أن حظر هذا التعاقد يرجع للقانون الروماني اذ قرر جوستنيان عدم صحة التعاقد بشأن تركة شخص لا زال على قيد الحياة . ورأى جوستنيان بان هذا التعاقد ضد الاخلاق الحسنة . وهو تعاقد ذو خطورة خاصة لانه تعاقد لا ينفذ الا بموت صاحب التركة . ولكن جوستنيان قرر صحة هذا التعاقد اذا رضي به صاحب التركة [1] .

١٥٨ – ٢ . – من حيث القانون المدني . قرر القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤ عدم الاخذ بصحة هذا العقد مع رضاء المورث به . وكذلك فعل القانون المصري مختلطا كان أو أهليا . والسبب الصحيح في تعميم الحظر وعدم الاخذ بهذا القيد الروماني انه ليس لهذه العقود مصلحة اقتصادية تعود على الوارث في تعاقده مع وارث آخر أو مع الغير . ولا يعتبر رضاء المورث كافياً في حماية هذا الوارث لان رضاء المورث في هذه الحالة انما ينصرف في الحقيقة الى العمل على تفضيل وارث على وارث وهذا مالا يرضاه الشارع . على ان رضاء المورث لا يخرج عن واحد من اثنين . اما أنه وافق لمجرد الموافقة . وفي هذه الحالة لا فائدة من موافقته لانه لم يتعهد بشيء ولم يلتزم بشيء . واما انه وافق على التعاقد بمعنى انه تعهد باحترامه . وفي هذه الحالة يعتبر عمله هذا باطلا بحكم القاعدة التي قررناها وهو أنه لا يجوز للمورث في حال حياته أن يتعاقد مع الغير لاجل جعل هذا الغير وارثا له

واذا علم ذلك صح حينئذ التعاقد الذي يكتبه على نفسه الوارث فيما اذا تعهد بدفع دينه عند ما يرث . اذ لا يعتبر هذا التعاقد تعاقداً بشأن تركة الغير انما يعتبر تعيينا للاجل الذي يحل فيه الوفاء [2]

اما اذا تعاقد الوارث واقترض مبلغا من النقود وتعهد بانه يرهن للمقرض عقارا مما سيرثه فيما بعد عند وفاة مورثه ، ضماناً لدين المقرض ، اعتبر التعهد بالرهن باطلا : لان التعاقد خاص بتركة شخص حي يرزق ولان الرهن لا يصح الا عن عقار مبين الآن بيانا نافيا للجهالة (للمادة ٥٦٠ / ٦٨٤ مدني و٢١٢٩ فرنسي)

(١) de cujus (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٩٧

ولان العقار غير مملوك الآن للمدين الراهن لان رهن العقار المستقبل الذى سيحوزه المدين رهن باطل (المادة ٥٦٣ / ٦٨٧ مدنى و٢١٢٩ فرنسى) نعم وان كان القانون الفرنسى قد حظر كالقانون المصرى رهن العقارات المستقبلة الا ان القانون الفرنسى انفرد وحده بإباحة رهن العقارات المستقبلة اذا كانت العقارات المرهونة الآن غير كافية لضمان الدين (المادة ٢١٣٠ مدنى فرنسى) ولا مثيل لهذا النص الفرنسى فى القوانين المصرية ولذا يجب عدم الاخذ به فى مصر [1] هذا ويلاحظ الشارحون الفرنسيون على نص الاباحة هذا القاضى برهن العقارات المستقبلة (المادة ٢١٣٠) انه مناقض لنص الحظر (المادة ٢١٢٩) ولذا يجوز للوارث بفرنسا طبقا للنص ٢١٣٠ أن يستدين ويرهن مالديه الآن ويتعهد برهن ماسيؤول اليه فيما بعد [2] وهذا محظور فى مصر حيث لا مثيل للمادة ٢١٣٠ الفرنسية كما ذكرنا . ولم يأخذ الشارع البلجيكي بقانون الرهن الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٨ بما قرره الشارع الفرنسى بالمادة ٢١٣٠ (المادة ٧٨ بلجيكي) وكذلك القانون المدنى الايطالى الصادر سنة ١٨٦٥ فانه فعل كالقانون البلجيكى أيضاً (المادة ١٩٧٧) ويظهر ان الشارع المصرى لم يرد أن يقلد الشارع الفرنسى فى المادة ٢١٣٠ بل قلد الشارع البلجيكى فى المادة ٧٨ والشارع الايطالى فى المادة ١٩٧٧ وخيرا فعل .

(٣) فى السبب

١ — كلمة عامة

١٥٩ — السبب أثر ظاهر فى الالتزامات التى ترجع الى الرضاء أى فى العقود الرضائية . ذلك لانه لا يلتزم العاقد بالتزام ما الا لغرض حالّ [3] وبالذات [4] وهو الغرض الذى جعله يلتزم، أى ان هذا الغرض هو سبب الالتزام . ومن المقرر قديما ومن عهد الرومان أنه من أجل أن تكون العقود صحيحة يجب أن يكون للالتزامات المتولدة عنها سبب [5] وأن لا يكون هذا السبب غير مشروع [6] أو غير مخالف للآداب العامة [7] وقد أشارت الى ذلك المادة ١١٠٨ مدنى فرنسى وعقد القانون

---

(١) دى هلس ج ٢ ص ٢١٨ ن ٦ (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٩٧
(٣) but immédiat (٤) direct (٥) cause (٦) illicite (٧) immorale

الفرنسى فوق ذلك للسبب ثلاث مواد أخرى وهى ١١٣١ الى ١١٣٣ قررت أولاها ما يأتى : « الالتزام بلا سبب [١] أو لسبب كاذب [٢] أو لسبب غير مشروع [٣] لا يحدث أى أثر . » وقررت المادة ١١٣٣ ما يأتى : « السبب غير المشروع هو ما حظره القانون أوما كان مخالفاً للعوائد الحسنة [٤] أو مخالفاً للنظام العام [٥]

١٦٠ — أما القانون المصرى فانه قرر فى المادة ٩٤ / ١٤٨ مدنى ما يأتى : « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً . » والنص الفرنسى لهذه المادة أكثر وضوحاً اذ يقضى [٦] أنه لا يوجد الالتزام الا اذا كان مبنياً على سبب صحيح جائز قانوناً ، بينما القانون الفرنسى يقول ان الالتزام بلا سبب لا يعتبر موجوداً . ثم أورد الشارع المصرى مادتين أشار بهما الى السبب وهما المادتان ١٧٩ / ٢٤٢ مدنى و١٨٧ / ٢٥١ مدنى

وقد أقام الشارحون على بعضهم بعض حرباً علمية بشأن نظرية السبب وربما كانت نظرية السبب هذه هى أكثر النظريات القانونية التى احترقت لها أقلام الكاتبين . والغالب فيهم حتى فى عصرنا الحاضر يقول بأن نظرية السبب نظرية خيالية مدرسية [٧] وأنها لم تخرج فى الحقيقة عن نظرية الرضاء فى العقود أو نظرية محل العقد ، أى أن السبب فى الحقيقة هو الرضاء ومحل العقد . ثم يقول هذا المذهب بأنه قد آن لعلم القانون الحاضر أن يتحرر من نظرية السبب ويتخلص منها .

١٦١ — والذى نراه أنه لا محل للأخذ برأى هؤلاء الناقدين وأنه يجب أن تبقى النظرية كما هى . وسنرى عند تحليل العقد المنفعة التى تعود منها . هذا ولا زال القضاء يصر على الأخذ بها فى كثير من أحكامه وهو يرجع اليها فى إبطال العقود التى ترتكن الى سبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام . وسنرى أن القضاء قد يوسع الى الحد الذى خلط فيه ، فى مجال الأخذ بنظرية السبب ، بين السبب [٨] والباعث [٩] .

---

(١) sans cause (٢) fausse cause (٣) cause illicite (٤) bonnes mœurs (٥) ordre public (٦) "L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite" (٧) théorie artificielle et scolastique (٨) cause (٩) motif

أما هذه التفرقة بين السبب والباعث فقد قال بها دوما ثم أخذها عنه بوتييه ونقلها عنهما الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٤ .

وعلى ذلك يعتبر السبب القريب [١] فى الالتزام الناشىء عن الاتفاق أنه هو الدافع الحال والمباشر [٢] ، والذى يكون قد دفع المدين الى الالتزام باعتبار أنه رضى بهذا العقد دون أى عقد آخر . وعلى هذا الاعتبار يعتبر السبب واحداً فى جميع العقود المعينة

وأما الباعث [٣] (أى السبب البعيد) فهو على العكس من ذلك اذ هو الدافع الشخصى [٤] الذى ساق المدين الى الالتزام . وهو على هذا الاعتبار متغير فى العقود

وعلى ذلك بينما يعتبر السبب بعيداً عن النزعات الشخصية للملتزم فان الباعث يعتبر الدافع النفسانى للملتزم فى الالتزام ولذلك يتغير بتغير النزعات النفسانية عند الأشخاص [٥]

ويقول آخرون بأن سبب الالتزام [٦] هو غير سبب العقد [٧] ويراد بسبب العقد الباعث الذى دفع العاقد للتعاقد . وأما سبب الالتزام فهو نظير التزام الآخر [٨]

ونرى الآن ضرورة إيضاح ذلك بالرجوع الى العقود وتحليلها لمعرفة مبلغ أثر السبب فيها .

٢ ـ السبب فى العقود بعوض
وفى مذاهب السببيين واللاسببيين

١٦٢ ـ السبب بوجه الاجمال فى العقود بعوض [٩] هو الغرض القانونى [١٠] الذى يرمى اليه العاقد فى التزامه . ونرى أن نبين ذلك فى حالتين : حالة العقود التبادلية . وحالة ذات الطرف الواحد

١٦٣ ـ ١ ***السبب فى العقود التبادلية*** : أظهر مثل للعقود التبادلية عقد البيع

---

(١) causa proxima (٢) raison immédiate et directe (٣) causa remota
(٤) mobile personnel (٥) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٩٨ (٦) cause de l'obligation
(٧) cause du contrat (٨) بلانيول وهو ينقل عن ابردورو ج ٢ طبعة سنة ١٩٢١ ص ٣٤٥ ن ١٣٤
(٩) convention à titre onéreux (١٠) but juridique

وفى البيع يلتزم البائع بنقل الملكية الى المشترى فى مقابل أن المشترى يدفع له الثمن . ويلتزم المشترى من جهة أخرى بدفع الثمن فى مقابل انه يصبح المالك للشىء ويصبح هذا الشىء تحت تصرفه وعلى ذلك يعتبر السبب فى التزام البائع هو دفع الثمن ، أى لايعتبر كما يقولون بغير حق عادة التزام المشترى، بل السبب فى التزام البائع هو تنفيذ التزام المشترى . وعلى العكس من ذلك يعتبر السبب فى التزام المشترى هو انتقال ملكية المبيع ، أى تنفيذ التزام البائع

هذا هو السبب. وأما الباعث فهو يتغير بتغير الاشخاص . اذ يجوز أن البائع قد باع لانه يريد شراء شىء آخر أو يريد السفر وكذلك المشترى قد يجوز أنه اشترى إما ليسكن أو ليستغل بالتأجير وهكذا

هذا واذا أنعمنا النظر فى هذا التعليل الذى أوردناه فى بيان السبب ربما نلاحظ لأول وهلة أنه لا فائدة من وراء الأخذ بنظرية السبب إذ السبب فى الحقيقة والواقع يمتزج بمحل العقد [1] كل الامتزاج . أليس السبب فى التزام البائع هو بالنظر الى التزام المشترى وعلى العكس من ذلك ؟ أليس السبب فى التزام المشترى هو بالنظر الى التزام البائع ؟ أليس لأن محل العقد واحد بين الاثنين؟ إذ يبيع البائع لأن المشترى يشترى ويشترى المشترى لأن البائع يبيع . ومحل المبيع والشراء واحد وهو المبيع ؟ وعلى ذلك يعتبر سبب العقد هو محل العقد بشكل خاص

ذلك ما يقوله خصوم السبب أو اللاسببيون [2] ويضيفون على ما تقدم انه فى العقد التبادلى يعتبر لكل التزام من التزامى العاقدين محل فى العقد وأن محل العقد هذا محل مشروع [3] وبناء على ذلك يعتبر العقد تاماً وصحيحاً لمجرد صحة محل العقد ، دون الحاجة إلى الاستعانه بنظرية السبب . ففى عقد البيع مثلاً ما دام أن المبيع هو من الأشياء الجائز التعامل فيها صح العقد ما دام أن محل العقد مشروع لا شائبة فيه . وأما اذا كان غير مشروع فلا ينعقد العقد أى أنه يكفى الأخذ بنظرية محل العقد دون الحاجة الى الاخذ بنظرية السبب

١٦٤ ـ ويلخص قول اللاسببيين فى أن نظرية السبب نظرية غير صحيحة وأن لا فائدة من الأخذ بها

(١) objet (٢) anti-causalistes (٣) objet licite

نظرية السبب غير صحيح [١] يقول اللاسببيون بفساد نظرية السبب ويتبينون فسادها في مظاهرها الثلاثة: في العقد التبادلي، وفي العقد ذي الطرف الواحد، وفي التبرع

١ - **في العقد التبادلي** : تعاقد شخصان بأن باع أحدهما واشترى الآخر . يقول السببيون بأن التزام البائع سببه التزام المشترى وهكذا أيضا بالنسبة لهذا الأخير . ويرد اللاسببيون على ذلك بأنه أمر مستحيل من الوجهة المنطقية لان الالتزامين هذين نشآ من عقد واحد في وقت واحد فهما على هذا الاعتبار مولودان توأمان [٢] ويستحيل اعتبار الواحد منهما سببا للآخر لانه من المستحيل أن يولد السبب والمسبب في وقت واحد . واذا كان كل التزام من الالتزامين مسببا عن الآخر فلا يمكن أن يخرج الالتزام الى عالم الوجود [٣]

وكأني باللاسببيين يقولون باستحالة ظهور أحد الالتزامين قبل الآخر بان يشبهوا هذه الاستحالة بحالة من يلمس جسما جامداً بيده في حالة اللمس هذه هل يمكن معرفة من الذى لمس أولا ، هل هي يد الانسان ، أم الجسم ؟ من المستحيل معرفة ذلك لان اللمس لا يدرك الا بتلامس الجسمين في وقت واحد بحيث يستحيل عقلا القول بان أحدهما لمس الآخر قبل أن يلمسه هذا الآخر . كما اذا قابلك صديقك في الطريق فهل يمكن أن يقال بانك قابلته قبل أن يقابلك أو قابلك قبل أن تقابله؟ أى ان المقابلة لا تقع الا من الاثنين معا .

٢ — **في العقود العينية** [٤] : يقول السببيون إن السبب في هذه العقود هو استلام العين كما في حالة الدائن المرتهن والمقترض وأمين الوديعة . ويرد اللاسببيون بان خصومهم لم يلاحظوا أن ما يسمونه في هذه الحالة بسبب الالتزام [٥] لم يخرج عن كونه هو نفس العمل المنشىء والمكون للالتزام بالذات [٦] فاذا قيل بأن الشيء

---

(١) faussetè (٢) deux sœurs jumelles (٣) بلانيول ج ٢ ص ٣٤٧ ن ١٠٣٨ فقرة ١
(٤) contrats réels (٥) cause de l'obligation (٦) fait générateur de l'obligation
causa obligationis - causa وهو هو بعينه المسمى causa باعتبارات هذه الكلمة تنصرف الى المصدر المنشيء للالتزام soruee productive d'obligation . وكلمة causa هذه هي خلاف ما يقول به السببيون المصريون؛

فى العقود العينية هو سبب الالتزام اسفر ذلك عن استخدام كلمة السبب الرومانية [1] بمعنيين ، المعنى العصرى والمعنى العلمى القديم

٣ — **فى التبرعات** : يقول اللاسببيون بأن الشارحين العصريين لم يأخذوا بما سبق لدوما ان قرره وهو ما جعلهم يبعدون عن الحقيقة كل البعد : ذلك لان دوما نفسه قال بأن السبب فى الهبة هو نفس الباعث عليها . ولما رغب العصريون فى التفرقة بين السبب والباعث لم يروا سبباً للهبة خلاف رغبة الواهب فى الايهاب [2] وهى الرغبة المجردة عن أى اعتبار وعن أى باعث عليها . ويقول بلانيول [3] بأنه لا يرى لهذا القول معنى مطلقا اذ كيف يمكن عقلا أن يقال بأن فلاناً أراد كذا بغير أن يكون مدفوعا الى ارادته بباعث خاص ؟ أى لا تفهم الارادة المجردة عن الباعث . ولقد أصاب لوران [4] فى قوله بأن السبب فى الهبة هو الباعث عليها

٢) **ليس هناك مصلحة تعود من الاخذ بنظرية السبب** : يقول اللاسببيون بان الفائدة المرجوة من السبب هو ابطال العقد . اذ يبطل العقد بفعل السبب فى حالتين : اذا كان العقد بلا سبب أو بعبارة أخرى كان سببه كاذباً . أو كان السبب غير جائز قانوناً . ثم يقولون بانه لا محل للاخذ بنظرية السبب فى هاتين الحالتين . وذلك :

١ — **حالة عدم وجود سبب للعقد** : لا يمكن تحقق انتفاء السبب فى حالة العقود ذات الطرف الواحد كالعقود العينية أو الهبة . ففى العقود العينية من الواضح انه لا يوجد أمين مودع لديه ولا مقترض طالما انه لم يسلم اليهما شىء ما . اذ انتفاء السبب هنا يمتزج مع انتفاء العقد نفســه وعلى ذلك لا محل للقول بالبطلان لانه لم يوجد شىء لاجل التذرع الى القول ببطلانه . وفى حالة الهبة يعتبر انتفاء السبب هو انتفاء الباعث . لان الهبة بلا سبب لا تصــدر الا عن معتوه أو عن مجنون فاقد لصوابه .

ثم يقول اللاسببيون بان خصومهم السببيين لا يجدون مجالا للاخذ بنظرية السبب

(1) causa (2) volonté de donner (3) ج ٢ ص ٣٤٧ (4) Laurent

سوى مجال العقود التبادلية : فاذا لم يوجد الشيء المبيع اعتبر التزام البائع باطلا لانعدام محل المبيع . ويعتبر التزام المشترى باطلا لانعدام السبب فيه . لأن التزام البائع فى تسليم الشيء ، ذلك الالتزام الذى هو سبب التزام المشترى ، لم يولد بعد .

وهنا يردُّ اللاسببيون بانه يمكن الوصول الى هـذه النتيجة النهائية وهى بطلان العقد بغير نظرية السبب ، وذلك بالرجوع الى طبيعة التبادل فى العقود التبادلية التى تحتم وجود التزامات متبادلة : ذلك ان كل طرف لا يرضى بالالتزام الا لانه ستعود عليه منه منفعة يتعهد الآخر باداًها اليه ، وان هذا الارتباط[1] الذى يربط التعهدين بعضهما بالبعض لم يخرج عن كونه رباطاً يصل الالتزامين معاً بطريقة تختلف كل الاختلاف عن رابطة السببية[2] . والدليل على ذلك ان التزام المشترى فى دفع الثمن يسقط عنه فى الوقت الذى لا يقوم فيه البائع بالتزامه[3] أى أن سقوط التزام المشترى لا يعتبر ناشئا عن سقوط التزام البائع بل يسقط الالتزامان معاً وفى وقت واحد

٢ — **السبب غير المشروع أو المخالف للآداب** : يلاحظ اللاسببيون ان مسئلة مطابقة العقد للآداب أو للقانون يجب الرجوع فيها الى العقد بالذات والى الاغراض والبواعث التى دعت العاقد للتعاقد أى أن مسئلة عدم مطابقة العقد للآداب وللقانون ليست نتيجة عدم مطابقة عمل الغير للقانون والاداب : فاذا اتفق شخصان على جريمة بان تعهد أحدهما بالقيام بها وتعهد الآخر بدفع مبلغ له فى نظير ذلك : هذا الاتفاق باطل فى مجموعه . ولماذا ؟ يقول السببيون ان الوعد بدفع المبلغ لم يكن باطلا بالرجوع الى محل العقد وهو المبلغ ، بل هو باطل لان سببه التزام الآخر بارتكاب الجريمة . ويرد اللاسببيون قائلين بانه لا محل للاخذ بهذه الوسيلة فالتعهد بالمبلغ باطل ، كالتعهد بارتكاب الجريمة لان محل التعهد غير مشروع[4] إذ إعطاء شخص مبلغا لارتكاب جريمة عمل جنائى مثل قيام المتعهد نفسه بالمبلغ بارتكاب الجريمة نفسها فالتعهد بالاعطاء فى سبيل الجريمة كالقيام بتنفيذ الجريمة سواء بسواء وعلى ذلك فالاجرام من الجهتين واحد[5]

(١) connexité (٢) causalité (٣) د ، ٩١٠ ، ١ ، ٤٠٧ — بلانيول ج ٢ ص ٣٤٨ ن ١٠٣٩ (٤) objet illicite (٥) س ، ٩٠٢ ، ١ ، ٣٨٩ . — د ، ٩٠١ ، ٢ ، ٢٠٣

١٦٥ — تلك خلاصة أدلة اللاسببيين . واذا نظرنا اليها نظراً سطحيا رأينا انها ربما لا تقبل الجدل لمتانتها ولكن اذا امعنا النظر فيها نرى انها مع ذلك ليست من المتانة الى الحد الذى تترك وشأنها فيه . ذلك لانا نقول بان لنظرية السبب فائدة ظاهرة حيث هى تقرر تلك القاعدة الاولية فى ان التزامى العاقدين متلازمان ومتصلان بعضهما ببعض اتصال السبب بالمسبب ، بمعنى انه اذا لم ينفذ أحد الالتزامين لاى سبب من الاسباب ، اصبح الالتزام الآخر ولا أساس له ، أى أنه يجب ان يزول . ومن هنا تتجلى الخصائص الثلاث للعقود التبادلية ، وهى الخصائص التى لا يمكن إدراكها الا بالأخذ بنظرية السبب . وهذه الخصائص هى :

١ . — فى العقود التبادلية : اذا لم ينفذ أحد العاقدين التزامه جاز للآخر أن يرفض الوفاء بالتزامه وجاز له أن يدفع الدعوى قبله بالدفع المسمى « عدم وفاء العاقد الآخر بما تعهد به » [1]

٢ . — فى العقود التبادلية : اذا لم يقم أحد العاقدين بالوفاء بالتزامه، جاز للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد [2] (المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى) وهذا حكم عام .

٣ . — اذا حالت قوة قاهرة دون قيام أحد العاقدين بما التزم به أصبح العاقد الآخر فى حل من عدم الوفاء بالتزامه هو الآخر

قلنا إن القضاء أصر على الاخذ بنظرية السبب . ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

١ . — يبطل الالتزام لعدم مشروعية سببه اذا كان الالتزام خاصاً بالتعهد بدفع مبلغ من النقود لشخص حتى لا يدخل مزاحما للمتعهد فى مزايدة [3] اما اذا حصل الاتفاق على انه اذا رسا المزاد على فلان وجب عليه عقد شركة مع من اتفق معهم لاستغلال الارض معاً ، فمثل هذا الاتفاق لا يعتبر باطلا [4]

٢ . — يبطل الالتزام أيضا لعدم مشروعية سببه اذا تعهدت شركة صناعية بدفع مبلغ بمثابة أجر أو عمولة [5] لبعض موظفى حكومة أجنبيه نظير قيامهم بالسعى فى

(١) “ exception non adimpleti contractus (٢) résolution (٣) استئناف ٨ فبراير سنة ٩٠٠م ر ١ مجلد ١ ص ٢٢٠ — طنطا الجزئيه ١٩ فبراير سنة ٩٠٣ م و ١٠٠ ص ٦٤ (٤) استئناف ٢ فبراير سنة ١٩٢٠ م ر ١ ، ٢١ ص ١٣٦ رقم ٤٢ (٥) commission

ترويج الاعمال التجارية للشركة [1] أو التعهد بدفع مبلغ لموظف الحكومة ليجرى عملا داخلا في اختصاصه ولا يلزمه فيه تحصيل مبلغ ما عليه [2]

٣ . – وكذلك يبطل العقد لعدم مشروعية سببه اذا قدم شخص طلبا لانشاء ترام ثم تعهد بدفع مبلغ الى شخص معين بمثابة سمسرة وذلك مكافأة لهذا الشخص على ما يقوم به من السعى عند جهات الادارة للحصول منها على رضائها بالمشروع [3]

٤ . – ويبطل عقد السمسرة فى الزواج [4] لعدم مشروعية سببه فلا ينفذ التعهد الذى يتعهد بمقتضاه شخص أن يدفع أجراً الى آخر نظير قيام هذا الاخير بالسعى فى الحصول على رضاء المخطوبة وأهلها [5]

٥ . – يبطل السند المأخوذ على شاب قليل التجارب فى الحياة اذا لوحظ فى أن هذا السند لم يؤخذ عليه بمبلغ جسيم جداً الا لانه كان فى حاجة الى المال ولان الدائن انتهز فرصة احتياجه هذا وعول على أن يتقاضى دينه من مدينه عند ما يرث هذا الاخير بعد وفاة أبيه [6]

٦ . – لا يبطل الالتزام اذا كان سببه قيام الدائن بالكشف عن خفايا مسائل ماسة بالنظام والتبليغ عنها [7]

٧ : – يبطل التعهد اذا كان الغرض منه تقييد حرية المزاحمة التجارية لمعارضة ذلك للنظام العام [8]

٢) فى العقود ذات الطرف الواحد : يختلف السبب فى العقود ذات الطرف الواحد باختلاف العقود نفسها

ففى عقد القرض مثلا يلتزم المقترض بالرد بسبب أخذه للمبلغ المدفوع اليه .

---

(١) د ، ١٩١١ ، ١ ، ٣٨٢ – س ، ١٩١١ ، ١ ، ٤٤٧ (٢) دى هلس ج ٣ ص ١٢٢ ن ٢٩ فقرة ٤ (٣) د ، ١٩١٣ ، ١ ، ١٢٠ (٤) contrat de courtage matrimonial (٥) د ، ١٩٠٤ ، ١ ، ٤٢٠ — س ، ١٩٠٥ ، ١ ، ٢٨١ – محكمة عابدين الجزئية ١٧ مارس سنة ١٩١٥ م ر ١ ، ١٦ ص ٩٣ وهو حكم مطول وهام ومع ذلك فقد حكمت اخيرا محكمة الاستئناف المختلطة بصحة هذا الاتفاق لعدم مخالفته للنظام العام ولا للآداب العامة متى لم يثبت للمحكمة اتهام الوسيط باى تدليس : حكم ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٧٥ نمرة ١٣٦ وحكم محكمة مصر المختلطة فى ٢٣ يناير ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٩٠ نمرة ١٦١ (٦) استئناف م ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ت ق ٢٣ ص ٣٠٣ (٧) استئناف ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ت ق ٢ ص ٢٥٤ (٨) م ت ق ٣ ص ٣٣٦

فالسبب فى الالتزام هو استلام المبلغ . لان الذى أراده المقترض هو استلام المبلغ ، ولذا يجب عليه رده بالشروط المأخوذة عليه بالعقد . وكذلك الحال فى حالة الرهن الحيازى اذ يلتزم الدائن المرتهن برد الشىء . والسبب فى التزامه هـذا هو سبق استلامه للشىء . ويجب الاخذ بهذه القاعدة فى كل عقد عينى [1] اذ السبب فى الالتزام بالرد هو سبق تسليم الشىء [2] وعلى ذلك اذا تبين أنه لم يستلم الشىء فعلا سواء كان قرضا أو رهنا فلا يلزم بالرد

هذا فيما يتعلق بالعقود الشيئية. ولننظر فى العقود الأخرى من العقود ذات الطرف الواحد ، مثل دفع مبلغ أو التعهد بدفع مبلغ ففى هاتين الحالتين يعتبر السبب كامناً فى العمل القانونى السابق الذى ساق المدين الى الوفاء أو الى التعهد بالوفاء ، أى الى الالتزام بوجه عام ، كأن يكون هـذا العمل القانونى التزاماً مدنياً أو طبيعياً سابقاً وأراد الموفى [3] بالوفاء براءة ذمته من الدين طبيعياً كان أو مدنياً . وعلى ذلك اذا لم يوجد هذا الدين السابق بالمرة أو وجد ولكنه أبطل فيما بعد ، اعتبر الوفاء بلا سبب.

ولهذا يجوز لمن دفع [4] طلب استرداد ما دفعه هذا فيما يتعلق بالوفاء الذى تم .

وأما فى حاله التعهد فالوفاء أى التعهد بدفع مبلغ من النقود مثلا ، فان السبب فيه يرجع إما الى التزام سابق بين الطرفين ، وإما أنه يرجع الى أن التعهد انما يريد تقرير هبة للدائن. فاذا لم يكن سبب التعهد لا هذا ولا ذاك اعتبر التعهد بلا سبب وعلى ذلك يبطل التعهد .

ومن الأمثلة العملية لهذه الحالة سندات المجاملة [5] وهى السندات التى تعرف بأنها لا تستند فى انشائها الى أى معاملة تجارية سابقة . ويحصل ذلك فى تاجر يشعر بحاجة الى مبلغ من النقود فيتفق مع تاجر مثله على أن يحرر التاجر الأول كمبيالة [6] أى يجعل نفسه الساحب لها [7] أى الدائن (وهو الشخص الذى يمضى الكمبيالة) ويتم الاتفاق على أن يقبل التاجر الآخر دفع هذه الكمبيالة باعتباره المسحوب عليه [8] (وهو المدين للساحب) ويحصل كل ذلك دون أن يكون الساحب دائناً حقيقياً

(1) contrat réel (2) res (3) solvens (4) solvens (5) effets de com-plaisance (6) lettre de change (7) tireur (8) tiré

المسحوب عليه ولكن الساحب يتعهد بدفع المبلغ الى المسحوب عليه وقت الوفاء . وبعد تحرير الكمبيالة ورضاء المسحوب عليه بدفعها فى الميعاد يأخذ الساحب فى تحويل هذه الكمبيالة [1] الى أى مصرف مالى فيتقاضى منه قيمة المبلغ المحول به نظير رجوع هذا المصرف بذلك المبلغ على المسحوب عليه عند حلول الوفاء ، باعتبار أن الساحب هو فى آن واحد ساحب وحامل للكمبيالة . وبهذه الوسيله ينخدع المصرف لأنه فى الحقيقة لا يوجد لا دائن ولا مدين . وعلى ذلك اذا دققنا النظر فى هذه العملية نرى أن المسحوب عليه قد التزم بلا سبب [2]

هذا واذا كان سند المجاملة باطلا لعدم وجود سبب له الا أنه صحيح بالنسبة للغير فلا يجوز حينئذ للمسحوب عليه [3] الاحتجاج بعدم السبب ضد الغير لأنه من المقرر فى السندات التجارية أن الذى أمضى [4] لا يجوز له التمسك ضد الغير بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها ضد دائنه [5]

فى الاحوال التي يعتبر فيها الباعث سبباً

فى العقود ذات العوض

١٦٦ ــ رأينا أن العبرة بالسبب فى العقود ذات العوض هو السبب نفسه لا الباعث وأنه لا يعول على الباعث . وعلى ذلك يعتبر التزام البائع صحيحا مادام انه سينتهى بالنسبة له بدفع المشترى الثمن اليه وسبب التزام البائع هو السبب المدفوع

---

(١) endosser (٢) د ٥ ٨٩ ٥ ٢ ٥ ٢٠٣ ـ س ٥ ٩١ ٥ ٢ ٥ ٨٩ ومقال Meynial د ٥ ٩٧ ٥ ٢ ٥ ٣٠٠ ومقال Thaller س ٥ ٩٠٠ ٥ ١ ٥ ١٥٣ ومقال Wahl . ـ د ٥ ٩٠٤ ٥ ٢ ٥ ٤٤٩ ومقال Raynal ـ س ٥ ٩١٣ ٥ ١ ٥ ٢٩٣ ومقال Naquet . ـ مجلة القانون التجارى سنة ٩٠٥ ومقال Perroud تحت عنوان سندات المجاملة . ـ كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٠١ ـ ٣٠٢ (٣) souscripteur (٤) le signataire (٥) ملاحظة : لاجل فهم هذا المثل الخاص بالقانون التجارى نرى تصوير الكمبيالة هنا بما يأتى : صورة الكمبيالة .

مصر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٤ مبلغ ١٠٠٠ جنيه م

فى ٢٥ فبراير المقبل ادفعوا الى وتحت اذن زيد مبلغ الف جنيه مصرى والقيمة وصلتنا بالحساب

بكر .

الى خالد بالاسكندرية

وعلى ذلك يعتبر بكر الساحب tireur وخالد المسحوب عليه tiré وزيد حامل السند preneur أو bénéficiaire (وفى المثل الذى ضربناه فى سند المجاملة يجعل الساحب هو نفس حامل السند ـ المادة ١٠٥/١١٠ تجارى)

ولا عبرة بعد ذلك بما اذا كان يريد بهذا المبلغ القيام بعمل مشروع أو غير مشروع أى لاعبرة بالباعث له على البيع لأجل استخدام المبيع فى أعمال مشروعة أو غير مشروعة

ولكن برغم صحة هذه القاعدة القائلة بعدم الالتفات قانونا الى الباعث فان القضاء قد جرى على اعتبار الباعث فى مرتبة واحدة مع السبب وذلك فى حالة ما اذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث الذى يجول بخلد العاقد زميله . اذ يعتبر الباعث فى هذه الحالة أمراً ملاحظا بالعقد وانه بدونه لا يمكن أن يتم العقد من حيث التعاقد القانونى .

والباعث لايخرج هنا عن واحد من اثنين . إما أن يكون باعثا مشروعا ومطابقا للأخلاق العامة وإما أن لا يكون

١٦٧ ـ الباعث المشروع : اشترى زيد من بكر ألف أردب قمحا ليوردها للجيش فى وقت معين ويعلم بكر هذا الظرف أى هذا الباعث الذى جعل زيداً يشترى منه . أو اشترى زيد قطعة أرض مسطحها ستة آلاف متر لبنائها مدرسة ويعلم البائع هذ الظرف أى هذا الباعث . فاذا لم تسلم أرادب القمح الى زيد فى الميعاد المعين أو اذا ظهر أن مساحة الأرض هى ألفا متر جاز للقاضى فى هذه الحالة التعويل على هذا الظرف أو الباعث الذى دفع زيداً إلى الشراء . ويجوز حينئذ للمشترى ان يطلب فسخ العقد [(١)] لعدم قيام البائع بالوفاء فى الوقت المناسب أو لعدم تسليم الأرض بالقدر المتفق عليه . لأنه ما دام أن المدين بالتسليم وهو البائع يعلم بالباعث الذى دعا المشترى للشراء يعتبر انه قد التزام أيضا باحترام هذا الباعث . وقلنا بجواز طلب الفسخ ولم نقل بطلب الغاء العقد [(٢)] لأن فى الالغاء انتفاء السبب ، والسبب موجود هنا . والفسخ يستند إلى عدم الوفاء بما حصل التعهد به طبقا للمادة ١١٨٤ مدنى فرنسى [(٣)] .

١٦٨ ـ الباعث غير المشروع : فى هذه الحالة اذا علم العاقدان بهذا الباعث

(١) résolution (٢) nullité (٣) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٣٠٢

اعتبر الالتزام باطلا أى يعتبر العقد كأنه غير موجود. ولم تنتج أحكام المحاكم التى قررت بطلان العقد من نقد الناقدين. ومثال ذلك

١) استأجر المستأجر شقة من المالك على هذا الشرط الصريح بأن الشقة ستعد للعب القمار [1]

٢) أعد مالك بيته ليكون منزلا للبغاء ثم أجره للمستأجر ليستمر فى استغلاله على تلك الحال. فى هذه الحالة يبطل العقد لعدم مشروعية السبب [2]

٣ـ اقترض شخص مبلغا من آخر وكلاهما يعلم ان المبلغ معد لشراء بيت للبغاء. يبطل عقد القرض هنا أيضاً لعدم مشروعيه السبب [3]

٤ـ لا تقبل الدعوى المرفوعة من شخص يدعى فيها بأنه أقرض شخصاً آخر مبلغاً ليستخدمه هذا الاخير فى الاستمرار فى لعب القمار [4]

٥ـ ترفض دعوى الدائن الذى يدعى بأنه ورّد أشياء للطعام للمدين باعتبار هذا الاخير صاحب محل معد للبغاء. وكذلك يبطل عقد اجارة الاشخاص [5] المعقود بين الخادم وبين هذا المحل بقصد الخدمة فيه. والأولى لهؤلاء الدائنين أن يقبضوا حقوقهم فى الحال دون امهال ولا تقبل الدعوى منهم أمام المحاكم لعدم مشروعية السبب فيها [6]

٤ السبب فى الهبة

١٦٩ يقول السببيون إن السبب [7] فى الهبة هو نية التبرع [8] ونية التبرع هى الدافع الذى يدفع كل واهب للتبرع

ولكن يلاحظ فريق آخر من طائفة السببيين أنفسهم ان هذا التعليل غير منتج لانه تحصيل حاصل ولانه يفسر التعليل بنفس التعليل [9] أى ان الواهب يتبرع لانه يريد التبرع. ويرى هذا الفريق انه لاجل معرفة السبب فى الهبة يجب معرفة الدافع

---

(١) د، ٩١ـ٥، ٥ (٢) د ٥، ٩٥ ٢، ٥ ٢١ . ـ س ٥، ٩٤ ٢، ٥ ٣٠٢ (٣) د ٥، ٩٥ ٥، ١ ٥، ٢٦٣ . س ٥، ٩٦ ١، ٥ ٢٨٩ ومقال Appert (٤) د ٥، ٩٢ ٥، ١ ٥، ٥٠٠ . ـ س ٥، ٩٢ ٥، ١ ٥، ٥١٣ (٥) contrat de domesticité (٦) د ٥، ٩١ ٥، ١ ٥، ٤٨٤ . ـ س ٥، ٩١ ٥، ١ ٥، ٣١٩ (٧) cause (٨) l'intention libérale أى animus donandi (٩) tautologie

الذى دفع الواهب للتبرع. والدافع هذا أى الباعث ـ وهو أمر شخصى خاص بالواهب ـ يمتزج حتما مع السبب. وعلى ذلك تتوقف صحة الهبة على ما اذا كان هذا الدافع مخالفا أو غير مخالف للنظام العام. ويظهر أن هذا الرأى يتفق مع المصلحة العامة، لان الهبة أمر محفوف بالخطورة، وفى غير مصلحة أسرة الواهب ولأن الباعث فيها أحيانا مشوب بشوائب معيبة. ولا يمكن للقانون الاقرار بصحة الهبة الا اذا تأكد من صحة الباعث وتطهره من كل عيب يشوبه [1] وهذا ما قال به دوما ونحا نحوه القضاء فى الوقت الحاضر وذلك فى موضعين :

١) **اذا كان الدافع للواهب مخالفاً للاخلاق العامة** : الاصل فى الهبة أن تكون صحيحة للمحظية [2] اذا كان الباعث فيها مجرد نية التبرع أو لاجل تمكينها من أن تعيش عيشة لا تتكفف فيها الناس وذلك تعويضاً لها عما نزل بها من الاضرار الناشئة عن استهوائها من جانب الرجل [3]

ولكن اذا كان الغرض من الهبة الى المحظية هو اقناعها بالبقاء مع المعاشر لها اعتبر الغرض من الهبة معيباً وعلى ذلك اعتبر السبب غير مشروع [4]

وكذلك الهبة أيضاً الى أولاد الزنا وأولاد المحارم [5] اذ لا تصح هذه الهبة اذا ورد بعقد الهبة ما يشير الى هذه الرابطة غير المشروعة [6] وفى غير ذلك تصح باعتبارها هبة تامة الباعث فيها مجرد النية فى التبرع [7]

٢) ورد بالمادة ٩٠٠ مدنى فرنسى بان الهبة المعلقة على شرط مخالف للقانون أو للعوائد الحسنة تعتبر صحيحة ويعتبر الشرط الوارد بها كأنه غير موجود. ولكن القضاء الفرنسى عمل على تفسيرها تفسيراً يذهب بالنص حيث قرر انه اذا تبين من عقد الهبة بأن الشرط المعيب كان الدافع المباشر للواهب بحيث لولا هذا الدافع ما وهب فيجب اعتبار الهبة باطلة. وكل ذلك أخذا بنظرية السبب [8]

---

(١) كواين وكابتان ج ٢ ص ٣٠٣ (٢) concubine (٣) استئناف ١٣ يونيو سنة ٩٠٩ م ر ١٠ ص ١١ ص ٦ . دى هلس ج ٣ ص ١٢٠ ن ٢٣ (٤) د ٥ ١ ٩٠ ٢٥ ٥ ٥ ٤ (٥) adultérins ou incestueux (٦) د ٥ ٢ ٩٠ ٢٥ ٢٨١ ٠ ـ س ٥ ٣ ٠ ٩ ٥ ٢٠٢ ٢٧٣ (٧) قارن استئناف م ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ت ق ٥ ٩ ٥ ١٩٠ (٨) د ٥ ٨٥ ٥ ١ ٥ ٤٩ ومقال Labbé . ـ كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٠٥

٥ — فى الالتزام مجهول السبب

١٧٠ — ورد بالمادة ١١٣٢ مدنى فرنسى ما يأتى : « ومع ذلك يعتبر العقد صحيحاً ولو أن السبب لم يكن معيناً بالعقد » والمستفاد من هـذا النص انه اذا تعهد شخص بدفع مبلغ لآخر دون أن يذكر سبب التعهد فى نفس العقد صح التعهد ومثل هذا التعهد قليل الوقوع فى مجال العمل لان العمل جرى على ذكر السبب بالعقد ويقرر القانون التجارى لزوم ذكر سبب السند التجارى كمبيالة كان أو سنداً تحت الأذن (المـادة ١٠٥ / ١١٠ تجارى و ١١٠ فرنسى). ويظهر أن عدم ذكر السبب بالسند انما يرجع الى رغبة العاقدين فى عدم تعريض هـذا السبب للنزاع فى صحته أو عدم صحته ويحصل ذلك فى الغالب فيما اذا كان الدائن مرابيا اذ يخشى طرح السبب على بساط البحث فيفشى سر العقد

١٧١ — ولما كانت المـادة ١١٣٢ محل خلاف بين المفسرين رأينا الالمام بماضيها وحاضرها للتعرف على حقيقة الخلاف الحاصل فيها

١) ***فى التعهد غير المسبب عند الرومان*** : تختلف القواعد هنا باختلاف العقود : فاذا كان العقد خاصاً بالقرض [1] فلا يوجد الالتزام القانونى الا اذا حصل بالفعل عد النقود الى المقترض أى انه يجب على المقرض أن يقيم الدليل على انه دفع المبلغ بالفعل الى المقترض . واذا كان العقد خاصاً بعقد المشارطة [2] فان الالتزام يحصل قانوناً عند مجرد النطق بالالفاظ المعروفة [3] حتى لو لم يأخذ شيئاً من المبلغ المقترض لان التزامه ينشأ عن الاوضـاع الشكلية بصرف النظر عن حقيقة الواقع ولـكن مع ذلك قد تقررت للمدين الذى لم يستلم المبلغ فى الحقيقة مع حصول الاوضاع الشكلية ، دفوع يدفع بها الدعوى الموجهة ضده : ذلك أن « البريتور » أباح له دفع الدعوى بالدفع الخاص بالغش [4] وقرر له القانون المدنى نفسه [5] ان يبدأ هو بمخاصمة خصمه ومباغتته بالهجوم بان يرفع عليه دعوى براءة الذمة [6] وفى هاتين الحالتين

---

(١) mutuum (٢) stipulation (٣) spondesne و spondeo أى هل قبلت فيقول المدين نعم قبلت (٤) Exception de dol (٥) Droit civil (٦) condictio

يجب على المدين اقامة الدليل على ما يخالف الظاهر ، أى الظاهر المؤيد بالاوضاع الشكلية للعقد أى انه يجب عليه اقامة الدليل على ان لا سبب للعقد

ولما جاء العصر الامبراطورى وشاع السند الكتابى وجب على المدين الذى يدعى خلاف الثابت بالسند ان يقيم الدليل على انتفاء السبب

ولكن جاء كاراكالا[١] ورأى ان هاتين الوسيلتين لا تتفقان مع المنطق ولذا صدرت فى عهده قوانين قررت بان الذى يحمل عبء الاثبات هو الدائن لا المدين وما على هذا الاخير الا ان يدفع الدعوى قبله بالدفع الخاص بعدم عد النقود اليه[٢] فيلزم الدائن فى الحال باقامة الدليل على تسليمه النقود الى المدين

ولما أخذ بهذه الطريقة وتبين فيما بعد بانها أمحت بالتشدد على الدائن ، تقرر فى عصر جوستنيان ضرورة التفرقة بين حالتين : ذلك انه اذا تبين ان السند المحرر على المدين قد ورد به بعبارة صريحة مايفيد استلامه للدين فلا يلزم الدائن باثبات أى شيء ما . اما اذا ورد بالسند ما يفيد بان المدين التزم بالمبلغ دون تعيين سبب الالتزام وجب على الدائن فى هذه الحالة اقامة الدليل على ان تسليم المبلغ للمدين حصل فعلا وفى الواقع

اما القانون الفرنسى القديم الذى كان معمولا به قبل سن قانون نابليون سنة ١٨٠٤ فانه اخذ بالقاعدة الرومانية القديمة وأهمل التفرقه التى عمل بها فى عصر جوستنيان ، وقرر بان المدين الذى يدعى بعدم تسليم المبلغ اليه ملزم باقامة الدليل على كل حال . وعند عدم قيامه بالدليل اصبح السند حجة عليه[٣]

١٧٢ — ٢) فى قوة اثبات السند غير المسبب فى العصر الحاضر .

رأينا ماقررته المادة ١١٣٢ مدنى فرنسى التى لامثيل لها فى القانون المصرى . اذ قررت ان السند مجهول السبب يعتبر صحيحاً ولكنها لم تذكر شيئاً عن الاثبات وعمن يتحمل عبئه ولم تبين لنا ما اذا كان الدائن غير مكلف فى هذه الحالة باقامة الدليل على سبق وجود سبب صحيح للسند

---

(١) Caracalla (٢) exceptio non numeratae pecuniae (٣) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٣٠٧

لهذا الصمت التشريعي قام الخلاف بين أئمة القانون وقال فريق بان الدائن ملزم في هذه الحالة باقامة الدليل على ان السند يستند الى سبب حقيقي ومشروع كأن يثبت انه دفع الى المدين المبلغ المقترض مثلا . ذلك لان من يدعي دعوى اشتغال ذمة مدينه بمبلغ،عليه اقامة الدليل على انه دفع اليه المبلغ فعلا ، أي ان لدينه وجوداً حقيقياً . فاذا لم يثبت ذلك بالسند وجب على الدائن اقامة الدليل على وجود السبب . ويضيف اصحاب هذا المذهب على ذلك قولهم انه يجوز للدائن في هذه الحالة الاستعانة في اثبات السند بالشهادة والقرائن لان السند المقدم منه يعتبر مبدأ دليل بالكتابة ضد المدين لصدوره من نفس هذا الاخير .

وقال فريق آخر بوجوب الاخذ بتفرقة رأى الادلاء بها تخفيفاً لوطأة شدة المذهب الاول اذ قال بانه يجب التفرقة بين الوعد بالدين [1] وبين الاقرار بالدين [2] ففي حالة الاقرار كأن يقول « اعترف بان في ذمتي مبلغ كذا لفلان » يجب إعفاء الدائن من عبء الاثبات . واما في حالة الوعد كأن يقول « اتعهد بدفع مبلغ كذا لفلان » فيجب على الدائن اثبات سبق وجود الدين . لان عبارة الوعد هذه لا تقطع من حيث قوة الاثبات في سبق وجود الدين من قبل

ويظهر أنه لم يؤخذ بالرأي الأول ولا بالرأي الثاني في عالم القضاء والفقه الحاضرين . والرأي الغالب الآن هو أن المادة ١١٣٢ انما تنصرف الى عدم تحمل الدائن عبء الاثبات، وأنها تقيد الزام المدين بهذا الاثبات اذا ادعى بأنه ليس لهذا الالتزام أي مسوغ قانوني [3]

وهذا الرأي الأخير هو الذي قال به القانون الفرنسي القديم الذي كان معروفاً قبل وضع قانون نابليون سنة ١٨٠٤ كما تقدم . ويظهر أنه هو الرأي الوحيد الذي يجب الأخذ به لانه يتفق مع العقل ومع ضرورات العمل . لانه في الواقع ماذا تكون الفائدة من سند غير مسبب اذا كان لا يثبت شيئاً ما بالمرة أو لا يؤخذ بمثابة مبدأ دليل بالكتابة ؟ وقد دل العمل من طريق آخر على أن الغرض من تحرير سند مجهول

---

(١) promesse (٢) reconnaissance de la dette (٣) د ٩٦ ١ ١٩٩ — س ٩٦ ١ ٢٨٠ . — س ٩٠١ ٢ ٣٩ . — وعلى عكس ذلك د ٩٧ ٢ ٣٤٦

السبب انما يرمى به الدائن الى عدم تعريض السند الى النزاع فى مصدره أى أن الدائن يريد اعفاءه من تحمل عبء الاثبات من جانبه ، وهو ما رضى به نفس المدين . على أن المدين ليس محروماً من حق إقامة الدليل على أن لا سبب للعقد أو أن سببه غير صحيح أو غير مشروع [1]

١٧٣ — الفقه المصرى : يقول الفقه المصرى بأنه اذا لم يبين السبب بالسند المحرر على المدين وجب افتراض وجود السبب . وعلى المدين الذى يدعى عدم وجوده اثبات ذلك [2] ويكفى الدائن حينئذ الاستناد الى سنده ولا يكلف بأى إثبات ما [3] أما فتحى باشا زغلول فلم يقل شيئاً فى هذا الصدد [4]

١٧٤ — القضاء المصرى : يرى القضاء المصرى أنه يجوز للمدين اثبات أن السند ليس له سبب أى أن الدائن لا يكلف بالاثبات [5]

هذا والقضاء هنا وهناك مجمع على أنه اذا تبين بأن السبب الظاهر بالعقد سبب صورى جاز للدائن إقامة الدليل على السبب الحقيقى لعقده ، فاذا كان السبب صحيحاً صح العقد [6] . وكذلك اذا كان السبب الوارد بالسند سبباً كاذباً جاز اثبات السبب الحقيقى [7] أى اذا ظهر أن السبب المبين بالعقد سبب غير مطابق للحقيقة والواقع جازت إقامة الدليل على أن هناك سبباً حقيقياً آخر . واذا لم يقم الدليل على ذلك وجب الحكم ببطلان العقد [8]

التشريع الاجنبى والسبب

١٧٥ ـ أخذ عدد خفير من الشرائع الأجنبية بنظرية السبب كالقانون الايطالى الصادر فى سنة ١٨٦٥ (المواد ١١١٩ ـ ١١٢٢) والقانون الاسبانى الصادر سنة ١٨٨٩ (المواد ١٢٧٥ ـ ١٢٧٧) وقد عرفت المادة ١٢٧٤ الاسبانية السبب

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٠٨ (٢) دى هلس ج ٣ ص ١١٧ ن ١٤ (٣) دى هلس ج ٢ ص ١٢٠ ن ٢١ (٤) شرح القانون المدنى له ص ١٣٥ (٥) استئناف ١٨ مايو سنة ١٩١٤ م ر ١ ، ١٥ ص ١٦١ . ـ استئناف م ١٠ مارس سنة ٩٧ م ت ق ٥ ٩ ١٩٠٥ (٦) استئناف م ١٦ نوفبر سنة ٩١٠ م ت ق ٥ ٢٣ ٩ ـ دى هلس ج ٣ ص ١٢١ ن ٢٥ (٧) م ت ق ٥ ٢١ ١٥٥ (٨) م ت ق ٥ ٢٧ ٢٤٧

وهناك بعض الشرائع الأجنبية لم تأخذ بنظرية السبب مثل قانون الالتزامات السويسرى اذ أشار بالمادة ١٧ منه إلى محل العقد فقرر أن يكون مشروعا وأن لا يكون مستحيلا أو مخالفا للعوائد الحسنة . ولم يشر الى السبب . ولكنه مع ذلك قرر فى عرض كلامه على نظرية الاثراء بلاسبب [1] انه من الضرورى فى كل حالة اثراء من وجود سبب [2] ويقول اللاسبيبيون فى ذلك أن غرض الشارع السويسرى الاشارة الى النظرية الرومانية المعروفة [3] باعتبارها نظرية سليمة قوية . وفعل كذلك القانون الالمانى الحديث اذ لم يشر الى السبب ولكنه أشار الى نظرية الاثراء بلا سبب فأجاز فيها الرد (المادة ٨١٧) [4]

فى الآثار العامة للعقود

١٧٦ ـ للعقد أثر بين العاقدين وله أثر بالنسبة للغير

فى أثر العقد بين العاقدين

١٧٧ ـ من المعلوم أن العقد شريعة المتعاقدين وهو ماقررته المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى حيث نصت على أن « العقود المعقودة طبقاً للقانون تعتبر بمثابة قانون بالنسبة لمن تعاقد فيها . ولا يجوز الغاؤها الا برضاء الجميع أو لأسباب يبيحها القانون . ويجب تنفيذها بحسن نية . » ويترتب على الفقرة الأولى ماياتى : —

١) يجب على العاقدين احترام العقد كقانون مادام أنه لا يخالف النظام العام والعوائد الحسنة . فاذا لم يراع ذلك أحد العاقدين جاز للآخر اكراهه بواسطة القضاء على تنفيذ العقد أو دفع تعويض . ويترتب على هذه القاعدة الأخذ بالفقرتين الثانية والثالثة للمادة ١١٣٤ المذكورة أى أنه :

١) لايجوز العدول عن العقد الا برضاء العاقدين معاً [5] أو بسبب يقرره القانون وليس لأحدهما وحده حق العدول والالغاء الا اذا كان هذا الحق مقرراً له بالعقد . كعقد البيع الوفائى أو كان مقرراً بالقانون. كتأجير العقار بغير مدة محددة

(1) enrichissement sans cause (2) cause (3) condictio sine causa

(4) بلانيول ج ٢ ص ٣٤٩ ن ١٠٤٠ و ١٠٤١ (5) distractus

اذ يجوز لكل منهما اخبار الآخر بانتهاء العقد فى المدة المناسبة ، أو كعقد العمل بغير مدة معينة ، على شرط مراعاة عدم التعسف فى استعمال هـذا الحق [١] وكان التعسف آتياً من جانب رب العمل (المادة ٤٠٤ / ٤٩٢ مدنى) بحيث اذا حصل فسخ العقد وشابه التعسف فى استعمال الفسخ استحال حق العاقد الآخر الى تعويض أى « مطالبة المتعسف بمبلغ من النقود » فقط . لا يكره على العودة للعمل اذا كان المتعسف عاملاً . كما انه لا يكره رب العمل على قبول العامل اذا كان المتعسف هو رب العمل .

فالعامل حر فى الخروج من العمل فى أى وقت يشاء وكذلك رب العمل حر فى اخراجه فى أى وقت يشاء . انما هذه الحرية تعتبر مخالفة للقانون أى يقرر لها القانون «جزاء مدنيا» ، اذا استخدمت بغير حق ونال العاقد الآخر ضرر معين

هذا الجزاء المدنى يتمشى على العامل فى الحكومة موظفا أو مستخدما . وعلى العامل خارج الحكومة . ولكن رأى الشارع المصرى أخيراً امتناع الموظفين أو المستخدمين (ثلاثة على الاقل) ، أو امتناع العمال الذين يشتغلون فى أعمال خاصة ذات امتياز وذات منفعة عامة كعمال الترمواى والنور ، رأى هذا الشارع أن الامتناع هـذا عن العمل يعتبر جنحة يعاقب عليها قانون العقوبات (المادة الاولى والمادة ٣٢٧ مكررة عقوبات من قانون ٩ سبتمبر سنة ٩٠٣ رقم ٣٧) اذا حصل هذا الامتناع بدون مسوغ شرعى [٢] بالنسبة للموظفين ودون مراعاة اجراءات خاصة من العمال وهى اخطار المدير أو المحافظ قبل الامتناع عن العمل بمدة ١٥ يوما (المواد المذكورة) . ويلاحظ على هـذا القيد الجنائى انه خاص بالجماعات أى انه لايسرى على الفرد بمفرده ، ولا على اثنين من الموظفين ولا على الافراد دون الجماعات من العمال [٣] ومعنى ذلك أن العمال يكرهون على البقاء فى العمل مدة ١٥ يوما حتى ولو كانت مطالبهم على حق لان ترك العمل ملاحظ فيه المصلحة العامة فى هذه الحالة

٢) يجب تنفيذ العقد بحسن نية ولا يتمشى تنفيذه على ما ورد به بالنص الصريح . بل يتناول التنفيذ أيضا مايتصل بالعقد بحكم العدالة والعادة طبقا لما يقرره

(١) abus de droit (٢) indûment (٣) collectivement ou par groupe

القانون بالنسبة لطبيعة العقد (المادة ١١٣٥ مدنى فرنسى) فاذا باع تاجر محله التجارى فلا يجوز له أن يقوم باعمال يريد بها مزاحمة المشترى بما يترتب عليه تنقيص قيمة المحل المبيع

٣) يجب على القاضى احترام إرادة العاقدين أى احترام القانون الذى وضعه العاقدان لنفسهما واذا كان ليس للقاضى تعديل القانون ولا المساس باركانه، فكذلك الحال أيضا بالنسبة للعقد باعتبار هذا الاخير قانون العاقدين . ويترتب على هذه القاعدة ما يأتى :

١ ــ اذا ظهر قانون جديد معدل بقانون قديم وكان العقد موضوعاً فى عهد القانون القديم فلا يجوز للقاضى الأخذ بالقانون الجديد . مثلا حصل الاتفاق على الفوائد طبقاً للمادة ١٢٥ / ١٨٥ مدنى قبل دكريتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ باعتبارها ١٢ ٪ ثم صدر هذا الدكريتو جاعلا الحد الأعلى ٩ ٪ فلا يجوز للقاضى المساس بالفوائد المقررة بالعقد

٢ ــ فى تفسير القاضى للعقد، يجب أن يرمى الى غرض العاقدين بصرف النظر عن الالفاظ مستعيناً بطبيعة العقد والعادات (المادة ١٣٨ / ١٩٩ مدنى) وأن يؤول الشك فى مصلحة من يلتزم (المادة ١٤٠ / ٢٠١ مدنى)(١)

واذا كان العقد هو القانون الخاص بجانب القانون العام فهل يجوز لمحكمة النقض والابرام الاشراف على تفسير القاضى للعقد (٢) . أجاز النقض فى فرنسا أولا الايجاب ثم عدل عنه الى السلب قائلا إن التفسير من المسائل الموضوعية (٣) ولكن يجوز تدخل النقض اذا قرر الحكم بان العقد عقد بيع مثلا ثم أخذ بأحكام الايجار ولا يجوز التدخل اذا لم يكن هناك حاجة لتفسير المحكمة للعقد وما دام ان نصوصه صريحة (٤) على أن فى التوسع فى التدخل تشويهاً للقاعدة القائلة بعدم التدخل

٣ ليس للقاضى امام نصوص العقد ــ مهما بلغت بها الشدة، فى تقرير الالتزام

---

(١) راجع فى ذلك كله المواد ١١٥٦ ــ ١١٦٤ مدنى فرنسى (٢) نريد بالنقض النقض الجنائى اذا كان النزاع ذا صورتين مدنية وجنائية كالتزوير والنصب والتبديد وما ينشأ عنها من الخلاف فى تفسير عقودها (٣) د ٨١ ــ ١ ــ ١٠٨ ــ س ٨١ ــ ١ ــ ٢٩٧

(٤) س ٩١٤ ــ ١ ــ ١٥٤

بما يخالف فى نظره العدالة ــ ان يعدل أو يغير قيمتها مثل اشتراط صاحب المصنع توقيع غرامات على ما يقع من العمال من المخالفات . أو ما تشترطه شركات التأمين من سقوط الحق عند حصول مخالفة معينة بمشارطة التأمين [١] على ان القانون نفسه قد خالف هذه القاعدة بشأن الاجرة فى الوكالة (المادة ٥١٤ / ٦٢٨ مدنى) سواء كان الوكيل وكيلا عاديا [٢] أم وكيل اشغال [٣] أم سمساراً [٤] أم وكيلا بالعمولة [٥] اذا لم يعمل باسمه خاصة (المادة ٨٢ / ٨٧ تجارى) ، وهو الوكيل المأجور فى كل [٦]

فى آثار العقود بالنسبة

لخلفاء العاقدين [٧]

١٧٨ ــ الخلفاء هم اما الورثة أو الموصى اليهم ، واما الدائنون العاديون واما الخلفاء بعقد خاص

١) **الخلفاء بوجه عام وهم الورثة والموصى اليهم** [٨] : العقد وهو حجة على المورث حجة على ورثته . وموته لا يغير من نتائج العقد لان المفروض فيمن يتعاقد انه يتعاقد عن نفسه وعن ورثته (المادة ١١٢٢ فرنسى) ولهذه القاعدة استثناآت :

١ ــ العقود التى يرجع فيها الى شخصية العاقدين معاً أو الى شخصية أحدهما [٩] : هذه العقود تنتهى بموت من حصل التعاقد معه اعتماداً على شخصيته كالشركات اذ تنقضى بموت أحد الاعضاء (المادة ٤٤٥ / ٥٤٢ مدنى و١٨٦٥ و ١٨٦٧ و ١٨٦٩) فرنسى للاعتبار الشخصى الشامل للكل [١٠] ، وعقد العمل بالنسبة لوفاة العامل لا صاحب العمل . والتعاقد مع المصور يربط ورثة العاقد أمام المصور لا ورثة المصور أمام العاقد

٢ ــ اذا حصل الاتفاق فى العقد على أن العقد لا يسرى بعد وفاة أحد العاقدين . كعقد الأيجار مثلا

---

(١) د ١٩١٦ ٥ ١ ٥ ٢٣٨ ٥ ـ س ٠ ١٩١٣ ٥ ١٨٣٥١٥ (٢) mandataire (٣) agent d'affaires (٤) courtier (٥) commissionnaire (٦) mandataire salarié وبخصوص اتعاب المحاماة راجع كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بندة ٢٥٠ (٧) les ayants-cause des parties contractantes (٨) successeurs à titre universel (٩) intuitu personae (١٠) effectus fraternitatis

٣ . — لا يجوز للمورث قبل وفاته أن يتعاقد على أن العقار الذى اشتراه يدفع ثمنه وارث معين من ورثته . أو أن العقار الذى باعه فى حياته يدفع ثمنه الى وارث معين من ورثته . لان كلا من هاتين الصورتين مقرر لميزة التفاضل بين الورثة بعد وفاة المورث وهذا محظور شرعاً لانه لم يخرج عن كونه مخالفاً للقاعدة الشرعية القائلة بان لا وصية لوارث الا اذا أجازها باقى الورثة

٢) **الدائنون العاديون** : للدائن العادى حق الضمان العام على أملاك مدينه وهذا الحق قابل للزيادة والنقص تبعاً لما يجريه المدين من الاعمال الايجابية أو السلبية ومن هنا تعتبر تصرفات المدين حجة على دائنه العادى أخذاً بالقاعدتين المعروفتين فى أن الدائنين العاديين فى مستوى واحد مع الخلفاء بوجه عام [١] ولان المدين فى تصرفه كان يمثل دائنيه العاديين . وسترى فى نظرية الاثبات أن لهاتين القاعدتين استثناآت وهى دعوى الابطال ودعوى نزع الملكية أو الحجز العقارى والافلاس وورقة الضد

٣) **الخلف الخاص** : [٢] الخلف الخاص هو ما اكتسب حقا معينا من مال أصيله [٣] فهو يحل محل الاصيل فى هذا الحق . أو بعبارة أخرى يكتسب الخلف الخاص الحق وهو محمل بالتكاليف التى تقررت عليه قبل اسناده اليه . وعلى ذلك فهو مربوط بما اتصل بالحق من القيود أو الحقوق التى تقررت عليه أو له قبل اكتسابه

فاذا كان الحق قابلا من قبل للالغاء أو الفسخ أصبح كذلك فى يد الخلف الخاص والمحول اليه فى دين يستفيد من التأمينات المقررة للدين

ويستفيد المشترى من حقوق الارتفاق التى تقررت على العقار قبل شرائه له كما انه يتحمل ما تكلف به العقار من حقوق الارتفاق السالبة

وبائع المحل التجارى [٤] ممنوع من القيام بعمل يزاحم به المشترى فيعطل عليه استغلال المحل وهو ممنوع أيضاً من ذلك كله قبل من يشترى من المشترى [٥]

هذه القاعدة على خلاف مظاهرها العملية تصح كلما كان القيد أو الفائدة

(١) ayant cause à titre universel (٢) ayant cause à titre particulier
(٣) auteur (٤) fonds de commerce (٥) sous-acquéreur

اللذان تعلقا بالحق المبيع، قد اتصلا به من حيث تكوينه [١] فهل تصح هذه القاعدة أيضاً فيما اذا كانت هذه القيود أو الفوائد لم تتصل بالحق اتصالا تكوينياً يرجع لتكوينه بل اتصالا عرضياً فقط ؟ أى هل يلزم المشترى باحترام العقود الاخرى العرضية التى عقدها البائع لمناسبة انه قد كان هو المنتفع بالعقار المبيع ؟ مثال ذلك

١ — اذا سبق للبائع ان امن على عقاره المبيع ضد الحريق فهل يسرى عقد التأمين هذا على المشترى ولو انه لم يرد ذكر لذلك بعقد البيع وهل يلزم مشترى المحل التجارى باحترام العقود المعقودة مع البائع وعمال المحل أو الموردين للمحل ؟

المفتى به هنا بان مثل هذه العقود لاتسرى على المشترى ما دام أن عقد البيع قد سكت عنها كل السكوت، ولو قيل بان هذه العقود لا صلة لها بشخصية البائع وذلك لان المشترى لا يلزم الا بما رضى به نصاً وصراحة . كذلك لا يحل المشترى بقوة القانون [٢] محل البائع فى الحقوق التى تقررت للبائع فى شخصه . لان هذه العقود ولو انها تقررت لمناسبة العقار المبيع الا أن لها صفة شخصية ترجع لشخص البائع وهى على هذا الاعتبار لا تربط الخلف الخاص

ولهذه القاعدة استثنا آت . مثلا تأجير العقار قبل بيعه . اذ يعتبر عقد الايجار حجة على المشترى اذا ثبت تاريخه ، الا اذا سبق للبائع ان اشترط على المشترى حق فسخ عقد الايجار عند بيعه

٢ — والمثل الثانى هو ما اذا كانت شركة المنجم تملك سطح أرض المنجم وباعت هذا السطح واشترطت عدم مسئوليتها فيما يحتمل أن يصيبه من اضرار استغلال المنجم تحت الارض . فهل ينفذ هذا الشرط على المشترى من مشترى سطح المنجم من شركة المناجم ، أم لا يسرى ؟ الرأى فى ذلك معقود بما اذا كان هذا الشرط يعتبر فى ذاته شرطاً خاصاً بشخص المشترى من الشركة (أى تكليفاً شخصياً يقوم به المشترى بالذات) أو شرطاً عينياً عقارياً أى حق ارتفاق عينى يتحمل به سطح الارض. فاذا اعتبر تكليفاً شخصياً فانه لا يسرى على المشترى من المشترى. أما اذا اعتبر تكليفاً عينياً يتحمل به العقار فى أى يد وجد العقار فانه يعتبر حجة

(١) constitution (٢) ipso jure

على المشترى من المشترى ، وقد أخذ بهذا الرأى الاخير القضاء الفرنسى [١] والرأى الصحيح هو اعتبار مثل هذا الشرط شرطاً شخصياً لا عينياً [٢]

فى آثار العقد قبل الغير

١) فى نظرية التعاقد للغير

١٧٩ — من المقرر أن العقد لا يتعدى أثره العاقدين وهذا ما نصت عليه المادة ١١٦٥ مدنى فرنسى تأييداً للقاعدة الرومانية المعروفة [٣] أى أن العقد لا يسرى على من كان أجنبياً عنه. ويراد بالاجنبى [٤] من لم يكن ممثلا تمثيلا قانونياً صحيحاً فى شخص أحد العاقدين . فلا يسرى مثلا العقد الصادر من واضع اليد على المالك الحقيقى

١٨٠ — ولكن نظراً للمصلحة العملية تقررت استثناءات للقاعدة المتقدمة وهى :

١) أعمال الوارث الظاهر [٥] حجة على الوارث الحقيقى وهذا أخذاً بالقاعدة القائلة « الخطأ الشائع يقرر حقوقاً » [٦] وقد رجع فى تقرير هذه القاعدة الى العدالة . وربما كان الأفضل فى تقريرها الرجوع الى المادة ١٥١ / ٢١٢ و٢١٣ مدنى و١٣٨٢ فرنسى باعتبار أن الوارث الحقيقى قد قصر فى ظهوره والمطالبة بحقوقه . فاذا قصر فعليه تعويض الضرر الواقع بفعله . وفى هذه الحالة لا يجوز إبطال عمل كان هو السبب فى حصوله [٧] وهذا أخذاً من طريق القياس بهذه القاعدة التى تقررت فى غضون القرن الثامن عشر « بأن حيازة المنقول سند الملكية » [٨]

٢) والاستثناء الثانى للقاعدة هو أن الوفاء الحاصل للحائز لسند الدين هو وفاء

---

(١) د ٥ ١٩٠٠ ٥ ١ ٣٦١ . ـ س ٥ ١٩٠١ ، ٤٩٧ ومقال Tissier . ـ الباندكت الفرنسية ١٩٠٠ ١٥ ٥ ٢٤١ ومقال Geny (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣١٥ (٣) ...res inter alios acta, etc (٤) penitus extranei (٥) héritier apparent (٦) l'erreur commune fait droit أى error communis facit jus ـ د ٥ ١٩٠٠ ٥ ١ ٣٣ ومقال Sarrut . ـ س ٥ ٩٧ ٥ ١ ٣٥١ م (٧) كولين وكابتان ج ١ الطبعة الثانية سنة ١٩١٩ ص ٩٧٣ ـ ٩٧٥ ، ج ٢ ص ٣١٨ (٨) بخصوص الحالة الظاهرة فى الجنسية Possession d'état يرجع الى كتاب الدكتور ابو هيف بك فى الدولى الخاص بند ١١٦ وفيه تقرير المحاكم المختلطة لاحترام الحالة الظاهره فى الجنسية فى ظروف خاصة

صحيح، أى الوفاء الحاصل للدائن الظاهر يكون حجة على الدائن الحقيقى (المادة ١٢٤٠ مدنى فرنسى وهو حكم عام وهو ما تقره أيضاً المادة ١٤٨ / ٢٠٩ مدنى مصرى)

والحكمة فى تقرير هذين الاستثناءين أن كلا من الوارث الحقيقى والدائن الحقيقى مخطىء فعليه تبعة عمله .

٣) من تاريخ إشهار إفلاس المدين يعتبر دائنوه من طبقة الغير فلا تسرى عليهم أعماله ولكن اذا رضيت أغلبية الدائنين بالتصالح معه[١] أصبح رضاؤهم حجة على الأقلية وذلك لان الدائنين[٢] يعتبرون جماعة[٣] أو مجموعاً كلياً[٤] متميزاً عن الدائنين منفردين

٤) من المقرر قضاءً فى أحوال النزاع فى الملكية العقارية أنه اذا تنازع اثنان زيد وبكر مثلا وكان زيد واضع اليد وادعى بكر الملكية مستنداً الى سند تمليك صادر اليه أوالى المالك له قبل وضع يد زيد وجب الحكم بالملكية لبكر برغم عدم صدور هذا العقد من زيد [٥] لانه مادام أن زيداً لم يقم الدليل على أنه كان واضع اليد قبل هذا السند المقدم فلا يجوز له الاحتجاج على السند بعدم صدوره منه [٦] والسبب فى تقرير هذا المبدأ القضائى أنه اذا أخذ بعكسه اعتماداً على أن العقد لا يعتبر حجة على زيد مادام أنه ليس صادراً منه ، تزعزعت الملكية فى أيدى الناس واضطربت ، لانه من المستحيل الجرى وراء هذا الغير وهو زيد وقت التعاقد وأخذ رضائه به [٧]

٥) عقود الادارة الصادرة من المستغل حجة على الغير . كعقود الايجار الصادرة من المشترى وفائياً حجة على البائع عند استرداد هذا الاخير للعقار (المادة ٣٤٥ / ٤٣١ مدنى و١٦٧٣ فرنسى) [٨]

٦) التعاقد لاجل الغير [٩] . هذا هو أهم الاستثناآت المتقدمة اذ بموجب التعاقد بين العاقدين يمكن ان تترتب مصلحة للغير فيستفيد هذا الغير من العقد الذى رتب له هذه الفائدة

---

(١) concordat (٢) masse (٣) corporation (٤) être collectif

(٥) د ٩٠ ٥ ١ ٥ ١٥٢ (٦) د ٥ ٩٠٧ ٥ ١ ٥ ١٢٥ (٧) كولين وكابتان ج ١ ص ١٠٠٩ ـ ج ٢ ص ٣١٩ (٨) بخصوص عقد الايجار الذى يعقده المشترى بالمزاد العقارى من المحكمة اذا لم يدفع الثمن الذى رسا به عليه العقار وبيع العقار ثانية عليه راجع كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٩٧٦ والحكم فيه بهذا المعنى (٩) stipulation pour autrui

والآن نتكلم على نظرية التعاقد لاجل الغير . ويتناول البحث فيها المسائل الآتية : ١) ماضيها وحاضرها – ٢) آثارها – ٣) التعاقد لاجل الغير الذى لم يعين بعد

١ — نظرية التعاقد للغير

ماضيها وحاضرها

١٨١ — التعاقد للغير عقد يقع بين الطرفين يرمى فيه أحدهما ويسمى المتعاقد(١) الى جعل العاقد الآخر وهو المسمى بالواعد (٢) أو المتعهد ، يلتزم بأمر يؤديه الى أجنبى عن العقد حالة كون هذا الاجنبى غير ممثل أو غير طرف فى العقد

والتعاقد للغير يختلف بناء على ذلك عن الوكالة لان من يعمل باسم الموكل انما هو ممثل له فى العقد (٣) والموكل (٤) هو الذى يستفيد وحده من نتائج العقد دون الوكيل، والتعاقد للغير يختلف عن الوكالة اذ المتعاقد انما يتعاقد باسمه ، والغير هو الذى يستفيد من نتيجة العقد

ولم يكن لنظرية التعاقد للغير من الاهمية فى الازمان السابقة ما لها الآن وذلك نظراً لشيوع عقد التأمين على الحياة (٥) فى وقتنا الحاضر . وينحصر عقد التأمين هذا فى ان المؤمن له (٦) يتعاقد مع شركة التأمين التى تسمى المؤمنة (٧) على ان يدفع لها أقساطاً مقررة (٨) سنوياً طول مدة معينة بحيث تدفع له الشركة فى نهاية هذه المدة مبلغاً معيناً اما له شخصياً واما لشخص يعينه فى مشارطة التأمين يسمى المنتفع من التأمين (٩) وهناك أمثلة أخرى لهذه النظرية

١ — فى نظرية التعاقد للغير عند الرومان(١٠)

١٨٢ — قرر علماء القانون عند الرومان انه من المستحيل التعاقد للغير(١١) وهذه القاعدة نتيجة طبيعية لما يقررونه من ان آثار العقد وقف على العاقدين ،

---

(١) stipulant (٢) promettant (٣) représentant (٤) représenté
(٥) assurance sur la vie (٦) assuré (٧) assureur (٨) primes
(٩) police tiers bénéficiaire (١٠) بلانيول ج ٢ ص ٣٩٨ ن ١٢١٢ وما بعدها . - كابيتان ص ٣٢٠ وما بعدها . (١١) alteri stipulari nemo potest

وما كانوا ليرضوا بالأخذ بنظرية الانابة [١] وقد قرر الرومان الاولون انه لا يجوز ان يتقرر لشخص دعوى [٢] عن عقد ما دام انه لم يظهر فى العقد أو ما دام انه لا مصلحة له من تنفيذه . وعلى ذلك اذا اشترط أحد العاقدين على الآخر ان يلتزم هذا الاخير بالتزام نحو الغير ، أصبح تعهده هذا غير مجد ما دام ان الغير لم يشترك فى العقد وكذلك لا قيمة لهذا التعهد بالنسبة للمتعاقد [٣] ما دام انه ليس له مصلحة ما فى تقرير التزام للغير .

وترتب على الأخذ بهذه القاعدة القاسية انه ما كان يجوز للبائع أن يشترط على المشترى دفع ثمن الصفقة لشخص معين يكون دائناً للبائع له . وكان لا يستطيع الواهب أن يشترط على الموهوب له أن يقوم هذا الأخير بأعمال للغير . ولما قطع الرومان أشواطاً بعيدة فى طريق المدنية وشاعت المعاملات بينهم وبين من اتصل بهم من المجاورين وغيرهم اضطروا إلى الاقلاع عن التمسك بهذه القاعدة القديمة وذلك من طريق معالجتها بوسائل مختلفة

عالجوها أولا بتقرير حق للمتعاقد يستعين به فى الزام المتعهد بالوفاء إلى الاجنبى المنتفع . وطريقة ذلك أن المتعاقد يشترط عند التعاقد تقدير مبلغ معين [٤] يدفعه له المتعهد على سبيل الجزاء أو العقوبة اذا لم يقم بالوفاء للمنتفع .

ولما جاء العصر العلمى لم تبق حاجة للرجوع الى شرط دفع المبلغ اذا أجيز للطالب مطالبة المتعهد بدفع تعويض فى حالة ما اذا كان للطالب مصلحة من الوفاء للمنتفع وهو الغير والمصلحة دائما محققة .

ولكن برغم انه تقرر للطالب حق مقاضاة المتعهد فان هذا الحق لا يكفى فى ذاته لأن الغير وهو المنتفع لم يتقرر له هو الآخر حق يستطيع به مطالبة المتعهد مباشرة لذا عمل الرومان على الاحتيال فى تقرير هذا الحق له مباشرة . وذلك أنه تقرر بأنه عند حصول العقد بواسطة المشارطة يشترط المتعاقد على المتعهد أن يقوم المتعهد بالوفاء له أو للغير الذى ينوه عنه بالمشارطة . وبهذه الطريقة يصبح للمنتفع حق القبض من المتعهد دون حق مطالبته بالوفاء . ولما جاء عصر الجمهورية تقرر للمنتفع حق مقاضاة

(١) représentation (٢) action (٣) stipulant (٤) stipulatio poena

المتعهد مباشرة بالوفاء بما التزم به اليه وتقرر ذلك أولا فى حالة الهبة المحملة بتكاليف معينة للغير [١] ثم انتهى الامر فى حكم جوستنيان بتعميم ذلك فى حالة « الدوط » والوديعة وعارية الاستعمال [٣] أو بتسليم الوديعة أو محل العارية الى شخص معين

ب ـ التعاقد للغير قبل وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ »

١٨٣ ـ أخذ علماء القانون الفرنسى قبل سنة ١٨٠٤ بالنظرية الرومانية القائلة بعدم صحة التعاقد للغير ، ولكنهم عالجوها هم الآخرون كما عالجها الرومان وقال بوتييه بما قال به الرومان فى عصر جوستنيان من جواز الأخذ بالنظرية فى حالة الهبة المحملة بتكاليف معينة وحالة الوديعة وعارية الاستعمال والمهر ثم أضاف إلى ذلك أيضا بأنه يجور للبائع أن يشترط على المشترى دفع الثمن للغير وان هذا الغير يصبح ذاحق فى الاستيلاء على الثمن من المشترى ويجوز للمتعاقد حق مقاضاة المشترى لأجل الوفاء للغير . وعلى ذلك تصح نظرية التعاقد للغير فى نظر بوتييه كلما اتصلت بقيد خاص بالتصرف فى شىء ، وكلما ظهرت للمتعاقد [٤] مصلحة شخصية له تقدر بالمال فى الوفاء لهذا الغير . والحقيقة فى هذه الحالة الاخيرة انه لا يتولد حق للغير فى مطالبة المشترى مباشرة ، ولكن يجوز للطالب حق مقاضاة المشترى واكراهه على الوفاء للغير

ب . — التعاقد للغير وقانون نابوليون

١٨٤ — حافظ واضعو هذا القانون على التقاليد الرومانية وعملوا على الأخذ بما قال به بوتييه وذلك انقرروا [٥] بالمادة ١٩١٩ القاعدة القائلة بانه لا يجوز للانسان بوجه عام ان يتعاقد الا لنفسه ثم استثنوا منها حالتين قرروهما بالمادة ١٩٢١ التى نصت على ما يأتى : « كذلك يجوز التعاقد لاجل الغير اذا كان يصح هذا التعاقد فى مصلحة الطالب . أو كان التعاقد عن هبة للغير ولا يجوز للمتعاقد ان يبطل التعاقد للغير اذا قرر الغير رغبته فى الاستفادة من التعاقد . » ويفهم من هذه المادة ان التعاقد

---

(١) donatio sub modo (٢) dot (٣) commodat (٤) stipulant

(٥) كابتان ص ٣٢٢ ؛ ـــ بلانيول ص ٣٩٩ ن ١٢١٥

للغير يصح فى حالتين : أولا : فيما اذا كان التعاقد للغير عن هبة لهذا الغير . وهذا هو التعاقد المعروف عن هبة محملة بتكاليف معينة . ثانياً . اذا كان هذا التعاقد للغير متصلا بتعاقد فى مصلحة الطالب . وهـذه الحالة الاخيرة هى الحالة المقررة لنظرية التعاقد للغير

ويقول فريق من الشارحين فى تفسير هذه الحالة الاخيرة المنوه عنها بالمادة ١٩٢١ ان التعاقد للغير لا يصح قانوناً الا اذا كان التعاقد الاصلى الذى اتصل به التعاقد للغير قد قرر مصلحة للطالب . مثلا اذا باع الطالب عقاراً واشترط دفع جزء من الثمن اليه والباقى للغير . أو اشترط دفع الثمن كله الى الغير وهو احد دائنيه .

ولـكن الشارحين الآخرين ينتقدون هذا الرأى ويرون عدم الاخذ به لانه يضيّق من مجال استعمال نظرية التعاقد للغير . ويقررون بان التعاقد للغير صحيح بصرف النظر عما اذا كان قد تقررت للطالب مصلحة ظاهرة فى العقد الاصلى أو لم تتقرر ما دام أن له على كل حال مصلحة ما فى هذا التعاقد للغير . وهذا هو الرأى الذى أقره القضاء والفقة الفرنسيان [1] ويستحيل أن يكون الامر على خلاف ذلك لانه يستحيل على انسان يدرك أن يتعاقد للغير الا اذا كانت له مصلحة ما ينشدها من وراء ذلك سواء كانت هذه المصلحة مالية أم أدبية أم مجرد العطف على الغير [2] على انه من طريق آخر يفهم من العبارة الاخيرة للمادة ١١٢١ فى قولها « لا يجوز للمتعاقد أن يبطل التعاقد للغير اذا قرر الغير رغبته فى الاستفادة من التعاقد » ان المتعاقد لا يملك ابطال التعاقد للغير اذا رضى به هذا الاخير واما قبل الرضاء فله ذلك ومعنى تقرير الحق له فى ابطال التعاقد للغير قبل رضاء هذا الاخير به ان له مصلحة ظاهرة فيه وهو قصر المنفعة المالية عليه دون أن يختص بها الغير [3]

اذا تبين ذلك علمنا أن ما قررته المادة ١١١٩ من حظر الاخذ بنظرية التعاقد للغير قد أبطلته المادة ١١٢١ وقضى عليه القضاء بما اضطر الى التوسع فيه جرياً وراء الضرورات الاجتماعية الحديثة . وعلى ذلك يعتبر نص المادة ١١١٩ نصاً مهملا لا قيمة له . أما نص المادة ١١٢١ فليس من فائدة تحصل من ورائه [4] ما دام أن القضاء يقضى

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٢٣ (٢) ص ٥ ٩٠٩٠ ٥ ١ ٥ ٣٤٩ (٣) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٢٣ (٤) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٢٤

طبقاً للاصول القانونية بجواز التعاقد للغير وعلى أى شكل كان هذا التعاقد ، ومهما كانت مصلحة طالب التعاقد للغير مالية أو أدبية أو لمجرد أظهار العطف على الغير كما ذكرنا. أى أن الحكم فى تقرير نظرية التعاقد للغير قد اصبح خاضعاً للاصول القانونية العامة . وقد افتى بعض الشارحين العصريين بحذف المادة ١١٢١ لانتفاء الفائدة من وجودها ، ورأى أن تحل المادة ١١١٩ بمادة أخرى تقرر نقيض ما قررته على خط مستقيم بان تقول : « يجوز أن يشمل العقد التزاماً فى مصلحة الغير » (١)

د — نظرية التعاقد للغير كما تبيحها الاصول العامة القانونية

١٨٥ — رأينا كيف مرت نظرية التعاقد للغير بهذه الأدوار التاريخية عند الرومان وفى فرنسا قبل سنة ١٨٠٤ وكيف شرع لها المشرع الفرنسى المادتين ١١١٩ و ١١٢١ وكيف فسرها المفسرون وعلى الأخص العصريون منهم . وانتهينا بأن رأينا أن الأصول العلمية الحاضرة المؤيدة بالأحكام القضائية تبيح الأخذ بهذه النظرية باعتبارها مظهراً من مظاهر حرية التعاقد بين الأفراد وأن الأصول العلمية تعارض كل المعارضة مع هذا الحظر الذى قررته المادة ١١١٩ مدنى فرنسى

وهنا نلمح السبب الذى من أجله لم يرد الشارع المصرى أن ينقل هاتين المادتين الى القوانين المصرية سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ وقت أن وضع التشريعين المختلط والأهلى لانه على ما يظهر لنا قد وجد الشارع المصرى أن لا فائدة منها ألبتة ، وأن الأفضل ترك هذه النظرية تتقرر على ضوء الأصول العامة للقانون وتحت أحكام القانون العام . وقد صح ظن الشارع المصرى لان القضاء المصرى رجع فى تقريرها الى هذه الأصول العامة دون أن يشعر بالتحرج الى ضرورة النص على هذه النظرية (٢) واعتبر عقد التأمين على الحياة ، وهو المظهر العملى الحى لنظرية التعاقد للغير ، عقداً خاصاً قائماً بذاته (٣) يجب فيه احترام إرادة المتعاقد فيما اذا تعاقد للغير كأولاده وزوجته . فاذا مات فلا يملك دائنوه حق الاستيلاء على المبلغ المؤمن عليه ليتقاضوا

(١) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٣٢٤ (٢) استئناف م ٢٥ ابريل سنة ١٨٩٥ م ت ق ٥ ٧ ٢٦٣ (٣) sui generis

ديونهم منه [١] أى ان هذا المبلغ المدفوع من شركة التأمين لا يعتبر جزء من تركة المتوفى [٢] .

من هذا كله نرى أن القضاء المصرى لم يلاقِ فى طريقه عند أخذه بنظرية التعاقد للغير صعوبة ما دام أن هذا العقد خاضع للأحكام العامة للقانون [٣]

وأما ما قررته المادة ١٣٧ / ١٩٨ مدنى فى قولها « من عقد على ذمته مشارطة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها أو رفضها » فلا يتعلق بنظرية التعاقد للغير ، انما يتعلق بتعهد أحد العاقدين بالحصول على رضاء الغير [٤] وقد سبق أن ذكرنا ذلك [٥]

ونرى الآن ضرورة معالجة هذه النظرية على ضوء الأصول القانونية العامة المؤيدة بأحكام القضاء

هـ — فى المظاهر العملية لنظرية التعاقد للغير

١٨٦ — قلنا إن أكبر مظهر عملى لنظرية التعاقد للغير هو عقد التأمين على الحياة . ولكن ليس هذا وحده المظهر الدال على هذه النظرية . بل هناك مظاهر أخرى، منها ما يتصل بعقد التأمين ومنها ما هو أجنبى عنه

عقد التأمين ضد الحريق : فى هذا العقد يشترط الطالب اما أن يدفع له المبلغ شخصياً واما لمن يتولى عنه الشىء المؤمن عليه كالمشترى مثلا. ويرى من هذا النوع من أنواع التأمين أن هذا العقد يوجد رباطاً قانونياً بين المؤمن والمالكين الحاضرين أو المالكين فى المستقبل للشىء المؤمن عليه . ويحصل أن المالك قد يشترط على الشركة المؤمنة انها لا ترجع على المستأجر للعقار فى حالة حصول حريق للعقار [٦]

---

(١) استئناف م ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ت ق ١٢ ص ١١١ (٢) de cujus فلا يورث عنه اى لا يستولى عليه الورثة الشرعيون ولا تمسه يد الدائنين بل يكون من حق من تعين لهم فى عقد التأمين م ت ق ١٤ ص ٢٧ - م ت ق ٢٢ ص ٢٤٩ (٣) دى هلس ج ٤ ص ٣١٥ ن ٦ ويؤيد ذلك مجرد مراجعة الاحكام العديدة الصادرة من القضاء المصرى المختلط بالجداول العشرية Tables décennales الخاصة بمجلة التشريع والقضاء المختلطة م ت ق اى B. L. I. تحت كلمة assurance (٤) clause de porte-fort (٥) دى هلس ج ٤ ص ٣١٢ ن ٣ (٦) س ١٩٠٥ ص ١٥ ص ٣٢٧

ويجوز أن يشترط المالك الحاضر بان لمشتري العقار حق الاستفادة من عقد التأمين اذا أظهر رغبته فى ذلك فى مدة معينة بالعقد [١] ويجوز لصاحب المصنع أن يؤمن عن الاخطار التى تقع للعمال أثناء قيامهم باعمالهم داخل المصنع . وفى هـذه الحالة هو يؤمن لنفسه لانه لا يدفع تعويضاً ما للعمال عند وقوع الحادث . ويؤمن لاجل العمال، أى يتعاقد للغير ، فى ان شركة التامين تدفع التعويض مباشرة عند وقوع الحادث [٢]

١٨٧ — هذا كله فيما يتعلق بالتأمين . ولننظر فيما عداه : من ذلك :

اذا باع مالك لمحل تجارى محله فانه يأخذ على المشترى شرطاً يتعهد به هذا الاخير فى ابقاء عمال المحل ومستخدميه

وكذلك العقد الذى يأخذه المصدر للبضاعة [٣] على أمين النقل [٤] لانه فى هذه الحالة انما يتعاقد للمرسل اليه [٥] كما تعاقد لنفسه

وكذلك أيضاً ما يرد عادة فى شروط مقاولات الحكومة ومصالحها وفروعها مع المقاولين فى اشتراط بعض شروط خاصة بالعمال اذ لهؤلاء الحق فى المطالبة بهذه الحقوق [٦] سواء كان عماله هو أم عمال من يتنازل اليه عن المقاولة [٧]

ويقول بعض الشارحين ان العقد المسمى بعقد الجماعة [٨] يحتوى هو الآخر على التعاقد للغير لان هذا العقد الذى يقبل به بعض العمال يكون حجة على البعض الآخر الذى ينضم الى البعض الاول . وكذلك الحال أيضا فى الوقف على الاعمال الخيرية [٩] .

فى مقارنة نظرية التعاقد للغير

مع نظرية الانابة .

١٨٨ — بين النظريتين تشابه كبير لانه فى حالة الانابة (أى التحويل أو الاحالة) يرضى المحول عليه [١٠] بأن يلتزم قبل المحول اليه [١١] بناء على طلب المحيل [١٢]

---

(١) س ١٩٠٨ ــ ١ ــ ٣٢٧ ومقال Hémard (٢) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٣٢٥
(٣) expéditeur (٤) voiturier (٥) destinataire (٦) د ١٩٠٩ ــ ١ ــ ٨٨
(٧) س ١٩١١ ــ ١ ــ ٣٦٩ ومقال Demogue د ١٩٨ ــ ١ ــ ٣١١ ــ س ١٩٠٢ ــ ١ ــ ٣٥٠
(٨) contrat collectif (٩) fondations (١٠) délégué (١١) délégataire
(١٢) déléguant

وكذلك الحال في التعاقد للغير اذ يتعهد المدين فيه إزاء المتعاقد، بالوفاء للغير وهو المنتفع . وكان من شأن هذا التشابه أن جعل بعض الشارحين يقول بأنه لا محل لوجود نظرية الانابة من الوجهة العملية مادام أنه مأخوذ بنظرية التعاقد للغير . نعم ولو أن نتائج الانابة يمكن الحصول عليها بواسطة نظرية التعاقد للغير الا أنه مع ذلك توجد فروق بين النظريتين لا يصح إغفالها . ذلك لان التعاقد للغير عملية واحدة . وبعكس الانابة فانها مكونة من عمليتين . وان كانت هاتان العمليتان يمتزجان بعضهما بالبعض غالباً الا أنه من الممكن أن ينفصلا . وهما ينحصران في الأمر المعطى من المحيل الى المحول عليه . وفي تعهد المحول عليه بالوفاء الى المحول اليه . ومن ذلك تترتب النتائج الآتية :

١) يجوز أن الوقت الذي يترتب فيه الحق للمنتفع لا يكون واحداً في العمليتين . اذ المنتفع في حالة التعاقد للغير ، يصبح دائناً من وقت حصول التعاقد له . ولكن يجوز يحصل خلاف ذلك في حالة الانابة اذ يجوز أن المحول اليه لا يصبح دائناً الا بعد حصول الانابة والتعاقد عليها .

٢) يجوز للمدين في حالة التعاقد للغير أن يتمسك بأوجه الدفع قبل المنتفع ، وهي أوجه الدفع التي تقررت له من التعاقد مع المتعاقد . وأما في الانابة فالحالة ليست كذلك لانه بمجرد أن قبول المحول عليه بالوفاء الى المحول اليه لا يجوز له أن يحتج على هذا الأخير بالدفوع التي تقررت له من قبل ازاء المحيل .

٢) في نتائج التعاقد للغير

في الحقوق والدعاوى الناشئة عنه

١٨٩ — يترتب على التعاقد للغير نتيجتان هامتان :

أولاً : بمجرد حصول التعاقد للغير يترتب للمنتفع[1] حق دائنية قبل المتعهد[2] برغم عدم اشتراكه في العقد. وحق الدائنية هذا خاص به وحده ويتولد في ماله هو لا في مال المتعاقد[3] ولكن تولده في ماله يتوقف على قبوله بالمشارطة المعقودة لمصلحته

(١) bénéficiaire (٢) promettant (٣) stipulant

ثانياً : طالما ان المنتفع لم يقبل ، يجوز للمتعاقد حق الغاء التعاقد المعقود له وتقرير هذا الحق إما لنفسه واما لشخص آخر

١ — النتيجة الاولى

فى الحق الذى يكتسبه المنتفع فى الحال
وفى الكيان القانونى لهذا الحق

١٩٠ — قرر القضاء والفقه بان المنتفع يكتسب هذا الحق بمجرد حصول التعاقد له . وهذا ما يميز التعاقد للغير عن نظرية الانابة كما رأينا[١] ويحصل ان العاقدين يتفقان على تأجيل الوقت الذى يتقرر فيه الحق للمنتفع كما يحصل مثلا فى التأمين ضد الحريق ولكن لا يحصل ذلك فى حالة التأمين على الحياة لانه لا يوجد سبب يدعو الى هذا التأجيل وعلى الاخص فيما اذا كان المنتفع حياً يرزق

ولا محل للغرابة فى تقرير الحق للمنتفع بمجرد حصول التعاقد له وقبل ان يقبله ، لان قبوله لم يخرج عن كونه مؤيداً لهذا الحق السابق وجوده ، ولم يقرر وجوده . ولانه بالقبول يحجر على المتعاقد فى الغاء التعاقد للغير . ولاغرابة ايضاً فى ان حقاً يتقرر للغير بلا علمه وبلا أخذ رضائه به أو لا . اليس الوارث يرث ويعتبر مالكا حتى ولو لم يعلم بوفاة مورثه ؟

اذا علم ذلك فما هو حينئذ هذا الحق المقرر للمنتفع وما هو كيانه القانونى وكيف يمكن تعليل تقريره تعليلا قانونياً ، وعلى أى أساس يرتكن هذا الحق ؟

١٩١ — فى الكيان القانونى لحق المنتفع : اختلف الفقه فى التعرف على الكيان القانونى لحق الغير فى التعاقد له ، وانقسموا الى ثلاث فرق

المذهب الاول : مذهب العرض [٢] : يحلل أصحاب مذهب العرض نظرية التعاقد للغير وتقرير حق المنتفع فيها بالكيفية الآتية : يتعهد المتعهد [٣] امام

---

(١) س ٨٨ ن ١٢١٥ و مقال Crépon . س ٨٩ ، ١ ، ٩٧ ، ومقال لابيه Labbé (٢) sys-tème de l'offre (٣) كابتان ص ٣٢٧ . — بلانيول ص ٤٠٠ ن ١٢١٨ .

المتعاقد [١] ثم يعرض هـذا الاخير على الغير ان يتنازل له (أى للغير) عن الحق الذى تقرر له (أى للمتعاقد) قبل الواعد . فاذا رضى الغير بالعرض وقبله فانه يتكون عقد آخر يترتب عليه نقل حق الدائنية من المتعاقد الى المنتفع . ونظراً لسهولة هذا المذهب انتصر له كثير من الشارحين وأخذ به القضاء الفرنسى فى بعض أحكامه [٢]

ولكن لم يلبث هذا المذهب قليلا حتى انفضّ من حوله الشارحون لما رأوه فيه من النتائج المخالفة لاغراض المتعاقدين

ذلك لانه يترتب على الأخذ به ان الحق لا يتقرر للمنتفع ولا يعتبر موجوداً فى ماله الا من وقت قبوله به . فاذا مات المتعاقد وهو الذى تعاقد مع المدين قبل اظهار الغير رغبته فى الرضاء بالحق زال العرض بزوال صاحبه أخذاً بالقاعدة القديمة التى سبق ان قررها علماء القانون الفرنسيين السابقين وقد سبق لنا ان بينا فساد هذه القاعدة، وهذه النتيجة لاتتفق مطلقاً مع غرض المتعاقد فى حالة التأمين على الحياة لان رضاء المنتفع بقبوله بالحق لا يحصل الا عند وفاة المتعاقد فاذا أخذ بهذا المذهب ما تحقق عقد التأمين على الحياة مطلقاً بل ان هذا المذهب يقضى عليه

وفوق ذلك يترتب على الأخذ بمذهب العرض انه اذا مات المتعاقد قبل رضاء المنتفع أصبح مبلغ التأمين جزءاً مما تركه المتعاقد المتوفى وأصبح لدائنى التركة الحق فى تقاضى ديونهم منه ، وكل ذلك اضرار بالمنتفع وهـذه النتيجة لا تتفق مطلقاً مع الغرض الذى ينشده المتعاقد فى وقف مبلغ التأمين على المنتفع دون دائنى المتعاقد

المذهب الثانى مذهب أعمال الفضولى [٣] قال به بوتييه [٤] وينحصر فى أن المتعاقد يعمل كفضولى لحساب المنتفع وعلى ذلك يعتبر رضاء الغير تأييداً لهذا العمل [٥] بحيث يستحيل عمل الفضولى الى وكالة وبناء على هذا التحليل يعتبر الغير كأنه تعاقد هو بالذات ومباشرة مع المدين وهذا ما يجعل حقه قد ترتب وتقرر له من الوقت الذى حصل فيه التعاقد من أجله

أما نقد هـذا المذهب فلأن أعمال الفضولى لا تتفق مطلقاً مع التعاقد للغير اذ

---

(١) stipulant (٢) س، ٧٧ · ١ · ٣٩٩ وتعليق Labbé . ـ س، ٩٠٢ ، ٢ ، ٤١ وتعليق Wahl (٣) كابتان ص ٣٢٨ . ـ لالو ص ٤٠١ ن ١٣٢٢ وما بعدها théorie de la gestion d'affaires (٤) ثم قال به أيضاً لابيه س ، ٧٧ ، ١ ، ٣٩٣ (٥) ratification

ليس للفضولى الناء العمل الذى اجراه لحساب وذمة صاحب العمل . بل بالعكس هو ملزم بالمضى فى اتمام العمل (المادة ١٣٧٢ مدنى فرنسى وهو حكم عام) . وهذا لا يتفق ألبتة مع التعاقد للغير لأن للمتعاقد كما رأينا حق الغاء العقد أو نقل الحق اليه أو الى أى شخص آخر . وفوق ذلك فان للفضولى حق مطالبة رب العمل [١] بما صرفه (المادة ١٤٤ / ٢٠٥ مدنى و ١٣٧٥ فرنسى) . ولا يلاحظ ذلك مطلقاً فى حالة التعاقد للغير لأنه لم يدر بخلد المتعاقد هذا الخاطر فى مطالبة المنتفع بما صرفه ، أى مطالبته بالاقساط [٢] التى دفعها وفاء لمشارطة التأمين [٣]

المذهب الثالث فى نظرية الحق المباشر [٤] يقول أنصار هذا المذهب بأن حق المنتفع يتولد فى الحال لمجرد حصول التعاقد من اجله ، أى لمجرد تعهد المدين بالوفاء بالحق ويلاحظ خصوم هذا المذهب عليه انه لم يخرج عن كونه يفسر نفس نظرية التعاقد ، ولم يحلها .

والحقيقة على كل حال ان التزام المدين بالوفاء للمنتفع ينشأ بمجرد رغبته فى الالتزام للمنتفع : لأن الارادة من جانب واحد من جانبى العقد تصح فى تكوين الالتزام القانونى . أى ان الالتزام الذى اشتغلت به ذمة المدين لم تمله مسحة التعاقد بين المدين والمنتفع بل تقرر هذا الالتزام بمجرد اظهار المدين رغبته بالتعهد به

هذا ولما حاول أصحاب النظريتين السابقتين تعليل حق المنتفع والتعرف على الكيان القانونى له لم يوفقوا الى الوصول اليه حيث قصروا بحثهم على تلمس هذا الكيان باعتبار حق المنتفع حقاً ناتجاً عن تعاقد بين طرفين لا حقاً ناتجاً عن التزام شخص واحد.

ولكن مع ذلك يجب أن لا يفوتنا أن تعهد المدين بالوفاء للمنتفع قد تولد هو الآخر بين المتعاقد بهذا الحق [٤] والمدين ، وأن هذا العقد المنعقد بين الطالب والمدين هو أساس حق المنتفع ذلك الحق الذى يستمد قوته وأثره من ذلك العقد لذا كان الطالب فى حل من إبطال هذا الحق المقرر للمنتفع ، والغائه بمحض رغبته بعد تقريره ، بأن يجعله لنفسه أو يقرره لشخص آخر غير المنتفع المسمى أولا . ولهذا السبب أيضاً يجوز

---

(١) maître (٢) primes (٣) police d'assurance (٥) théorie du droit direct كابتان ص ٣٢٨ . ـ بلانيول ص ٤٠٢ ن ١٢٢٥ وما بعدها (١) stipulant

المدين التمسك بالدفوع المختلفة قبل المنتفع وهى الدفوع الناشئة عن العقد المنعقد بينه وبين المتعاقد . فاذا فرض وجاء المنتفع وقاضى المدين جاز لهذا الأخير التمسك بطلب فسخ العقد لعدم قيام المتعاقد (وهو المتعاقد مع المدين) بما التزم به هو ، كعدم قيامه بدفع الأقساط اذا كان التعاقد لغير عقد تأمين على الحياة مثلا .

ومما تقدم نرى أن التعاقد للغير عقد بين المتعاقد والمتعهد يلتزم فيه هذا الأخير بناء على طلب المتعاقد ، بالوفاء بالتزام معين قبل المنتفع . نعم ولو ان الاصل أن آثار العقود لا تتعدى عاقديها الى الغير ، ولكن اذا اراد العاقدون تعدى الآثار الى هذا الغير صح العقد . لان صحة هذا العقد فى تعدى آثاره الى غير عاقديه لم تخرج عن كونها مظهراً من مظاهر حرية التعاقد بما لا يخالف النظام العام والعوائد الحسنة

١٩٢ — فى رضاء المنتفع. رأينا أن هذا الرضاء لم يكن هو السبب الاصلى فى تقرير حق المنتفع له كما كان يقول مذهب العرض . و لم يكن أيضاً مؤيداً لعمل اجراه المتعاقد باعتباره فضوليا كما يقول أصحاب مذهب أعمال الفضولى انما من شأن قبول المنتفع تثبيت الحق [١] لدى المنتفع بحيث يحول هذا القبول دون الغاء العقد من قبل المتعاقد

هذا ويجب عدم الخلط بين قبول المنتفع وقبول الموهوب له لان قبول الموهوب له يجب أن يحصل أمام مأمور العقود الرسمية كما يحصل كذلك الايجاب من الواهب (المادة ٤٨ / ٧٠ مدنى و٩٣٢ فرنسى) أما قبول المنتفع فانه يحصل دون ان يكون مقيداً بقيود شكلية ما وعلى ذلك يحصل القبول ويقع صحيحاً اذا حصل فى حياة الطالب المتعاقد مع المدين أو بعد وفاة المتعاقد وهذا على خلاف الهبة ، لانه اذا مات الواهب قبل حصول القبول من الموهوب له بطلت الهبة (المادة ٥٠ / ٧٢ مدنى فيما اذا لم يكن له ورثة . واما اذا كان له ورثة فلهم حق القبول هم او اوصياؤهم).

---

(١) consolidation

٢ — النتيجة الثانية

فى حق الالغاء المقرر للمتعاقد مع المدين

١٩٣ — قلنا ان للمتعاقد حق الالغاء قبل رضاء المنتفع . وله فى هذه الحالة إما الانتفاع هو بنفسه بذلك الحق أو تقريره لشخص آخر . وكان بوتييه يقول بحظر الالغاء على المتعاقد أخذا بقاعدة انه لا يجوز الاعطاء والمنع فى آن واحد [١] ولكن خالفه فى ذلك القانون الفرنسى كما رأينا . وفى الواقع ان ما قال به بوتييه لا يتفق مع حرية التعاقد الحاضرة ولا مع غرض المتعاقد فى التعاقد لاجل الغير لان هذا المتعاقد فى حل من تغيير وجهة نظره من حيث تقرير الحق للغير اذا تغيرت الظروف المحيطة به ، وحتى اذا نظرنا الى التعاقد للغير باعتباره هبة من المتعاقد الى المنتفع فان الهبة لا تتم الا برضاء الموهوب له وطالما لم يحصل الرضاء فالمتعاقد فى حل من الغاء الحق والتصرف فيه لنفسه أو لشخص آخر

وحق الالغاء المقرر للطالب حق شخصى موقوف على صاحبه ليس لدائنيه حق العمل به بالنيابة عنه [٢] وكذلك لا يجوز للورثة الاستفادة من حق الالغاء الذى كان مقرراً لمورثهم لانه ما دام قد مات ولم يعمل بهذا الحق فذلك يدل على انه رضى باستقرار الحق لدى المنتفع

واذا ألغى هذا الحق وزال المنتفع وتقرر لمنتفع آخر اعتبر أن هذا الآخر قد تملك هذا الحق من تاريخ التعاقد لا من تاريخ انتقال الحق اليه . فاذا تعاقد الشخص لاجل ورثته من بعد وفاته ثم حضرت زوجه الوفاة ولم يرزق بولد جاز له نقل هذا الحق إما إلى ورثته الذين يمكن أن يرزق بهم من زوج أخرى ، أو نقله الى دائن يشدد فى المطالبة بدينه منه . وفى هذه الحالة الاخيرة ينتقل الحق الخاص بالتأمين الى هذا الدائن لا من تاريخ الانتقال بل من تاريخ حصول عقد التأمين بالذات

---

(١) donner et retenir ne vaut

(٢) د ، ٩٦ ، ٢ ، ٤٦٥ . ـ س ، ٩٨ ، ٢ ، ٢٤٥ .

٣) في النتائج القانونية الناشئة عن التعاقد للغير فيما بين أصحاب المصالح فيه

١٩٤ — هذه النتائج القانونية إما أن تكون بين الواعد [١] والمتعاقد [٢] وما بين المنتفع [٣] وإما بين المنتفع والواعد وإما بين المنتفع والمتعاقد

١) في نتيجة التعاقد للغير بين الواعد والمتعاقد. [٤] يرتبط المتعاقد مع الواعد بعقد ينعقد فيما بينهما . وهـذا العقد الذي يرتكز إليه التعاقد للغير إما أن يكون عقد هبة أو بيع الخ . والذي يهمنا الآن من ذلك كله انما هو التعاقد للغير . الذي اتصل بهذا العقد . ولذا يجب أن نعرف ما هي حقوق المتعاقد . فيما يتعلق بالتعاقد للغير ، ازاء الواعد اذا لم يف هذا الاخير بالتزامه للمنتفع

ولما كان التعاقد للغير ركناً من أركان العقد المنعقد بين المتعاقد والواعد جاز حينئذ للمتعاقد أو لورثته حق طلب فسخ العقد الذي اتصل به التعاقد للغير . وسبب هذا الفسخ [٥] يرجع لطبيعة العقد فيما اذا كان عقداً بعوض فيؤخذ فيه بالمادة ١١٨٤ مدني فرنسي (وحكمها عام كما قدمنا) أو فيما كان عقد هبة وتوافر فيه المسوغ الشرعي في ابطال الهبة فيطلب ابطالها

ولكن اذا كان من الجائز حق طلب الفسخ إلا يجوز بجانب هذا الحق للمتعاقد أو ورثته المطالبة عند الحاجة بالزام الواعد بتنفيذ ما تعهد به بدلا من الفسخ ؟

هنا انقسم الشارحون : اذ يقول البعض بعدم جواز المطالبة بالوفاء . وحجتهم أن المتعاقد لم يتعاقد لنفسه بل تعاقد للغير وعلى ذلك فلا يعتبر دائناً حتى يطالب بالوفاء بهذا الدين له . وقالوا بأنه لا يجوز للمتعاقد أو ورثته مطالبة الواعد بالوفاء الا اذا كانت له مصلحة شخصية ظاهرة فيه كما اذا كان ملتزماً قبل المنتفع بدين لهـذا الاخير وكان من شأن وفاء الواعد للمنتفع اقتضاء الدين المطلوب من الطالب للمنتفع

ولكن يرد على هذا الرأي أن أصحابه قد نسوا أن الواعد تعهد إزاء المتعاقد بالوفا

(١) promettant (٢) stipulant (٣) bénéficiaire (٤) كابتان ص ٣٣١ ـ بلانيو، ص ٤١٢ ن ١٢٥٥ وما بعدها (٥) résolution

للمنتفع ، أى أن الواعد قد التزم امام المتعاقد بالوفاء وهذا العقد بين الطرفين المتعاقد والواعد هو القانون الذى يجب أن يسيرا عليه طبقاً للقاعدة المعروفة بان العقد شريعة المتعاقدين (المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى وحكمها عام كما رأينا) . ولا يجوز الأخذ هنا بالقاعدة المعروفة بانه « لا دعوى حيث لا مصلحة » على انه اذا جاز الأخذ بها فان مصلحة المتعاقد فى مطالبة الواعد بالوفاء اذا لم تكن مصلحة مالية محضة فانه يكفى فيها مع ذلك أن تكون مصلحة أدبية وعلى ذلك تصح له المطالبة لانه من المستحيل أن يقال بأن المتعاقد قد تعاقد مع المدين لمصلحة الغير دون أن يكون قد رمى الى غرض من الاغراض حتى ولو كان الغرض أدبياً صرفاً

١ — فى نتيجة التعاقد للغير بين المنتفع والواعد [1]

١٩٥ — رأينا أن المنتفع يكتسب حقاً مباشراً قبل الواعد . لذا يجوز له مخاصمته ومطالبته مباشرة بالوفاء ولكن اذا جاز له ذلك فانه لا يجوز له ان يطلب فسخ العقد الحاصل بين المتعاقد والواعد عند عدم قيام الواعد بالوفاء بالتزامه ما دام انه لم يكن طرفاً فيه

وهل يجوز للمنتفع أيضاً التمسك ضد الواعد بالضمانات التى اشترطها المتعاقد تأميناً للدين ؟ يتردد القضاء الفرنسى فى تقرير هذا الحق وعلى الأخص فى حالة البيع على شرط الوفاء بمرتب طول الحياة للغير [2]

٢ — فى نتيجة التعاقد بين المنتفع والمتعاقد [3]

١٩٥ — ١ إما أن يكون غرض المتعاقد الوفاء بدين عليه للمنتفع وفى هذه الحالة ينقضى الدين بوفاء الواعد للمنتفع . واما ان يكون غرض المتعاقد التبرع للمنتفع وفى هذه الحالة يرتبط المتعاقد بالمنتفع ارتباط الواهب بالموهوب له . ولا تخضع الهبة لرسمية العقد المنصوص عنها بالمادة ٤٨ / ٧٠ مدنى لان الهبة فى هذه الحالة هبة غير مباشرة [4] أى الهبة التى لا تخضع للرسمية [5]

---

(١) كابتان ص ٣٣٢ . ـ بلانيول ص ٤١٣ ن ١٢٦٠ وما بعدها (٢) س، ٨٣، ١، ٤٠٩ والتعليق على هذا الحكم (٣) كابتان ص ٣٣٢ . ـ بلانيول ص ٤٤١ ن ١٣٦٥ وما بعدها (٤) donation indirecte (٥) د ٩٨، ٢، ١٦٩ . — س ١٩٠٥، ٢، ٢٤١

وفى حالة التعاقد للغير لاجل الهبة يصح التساؤل عما هو المبلغ بالدقة الذى يعتبر أنه مبلغ الهبة ، أى المبلغ الذى خرج فعلا من مال الطالب ودخل فى مال المنتفع ؟ المبلغ الذى يستلمه المنتفع من الواعد انما هو المقابل للدين الذى تقرر بذمة الواعد للمنتفع ، وهذا المبلغ لم يخرج من مال المتعاقد ، بل خرج من مال الواعد . اذا عرف ذلك فما هو حينئذ مبلغ الهبة المدفوع حقيقة من المتعاقد الى المنتفع: هذا المبلغ هو مجموع الأقساط المدفوعة من المتعاقد الى الواعد حتى يلتزم هذا الأخير قبل المنتفع . وأما ما بقى فلا يعتبر هبة من المتعاقد للمنتفع

٤ — فى نظريه التعاقد للغير
لأجل أشخاص غير معلومين
وقت التعاقد

١٩٥ — ٢ يحصل أن المتعاقد[1] يتعاقد مع الملتزم[2] على أن يقوم هذا الأخير بالوفاء الى شخص يختاره الملتزم فيما بعد . كأن يتعاقد المتعاقد مع الملتزم على أن يهب له هبة ويشترط عليه القيام بمد يد المعونة الى الفقراء . والمعمول به فى هذه الحالة أن هذه الهبة المقيدة بهذا التكاليف [3] لا يترتب عليها حق ما . اذ من هو الذى يطالب بنفاذ هذا الشرط ؟ لا يوجد هذا الشخص وعلى ذلك لا يعتبر التعاقد للغير فى هذه الحالة تعاقداً منتجاً . وعلى العكس من ذلك فيما اذا كان الملتزم يتعهد بمد يد المساعدة لفقراء القاهرة مثلا . اذ فى هذه الحالة تتعين طائفة الفقراء حيث لا يخرجون عن الأفراد الفقراء المعروفين بهذه المدينة [4]

وكذلك يعتبر التعاقد للغير صحيحاً ومنتجاً من الوجهة القانونية فيما اذا اشترط المتعاقد على الملتزم أن يكون الوفاء للشخص الذى سيتعين فيما بعد تبعاً للظروف. فاذا تعاقد المالك لعمارة مثلا مع شركة التأمين على أن تدفع الشركة المبلغ لمن يكون مالكا للعقار وقت وقوع الحادث فيما اذا وقع هذا الحادث ، صح هذا التعاقد لان التعاقد هذا

(١) stipulant (٢) promettant (٣) donation avec charge (٤) بلانيول ج ٢ ن ١٢٣٨ ص ٤٠٦-٤٠٧ .

يلزم الشركة ازاء المتعاقد وازاء المالك للعمارة فيما اذا اشتراها مشترٍ فيما بعد ثم وقع الحادث والعمارة فى يد المشترى [١]

وكذلك الحال أيضاً فيما يتعلق بتأمين الرجل على حياته لمصلحة ورثته فان هذا التعاقد للغير يصبح صحيحاً أيضاً نظراً لما بيناه . أى أنه يتقرر لورثة المورث حق قبل الشركة المؤمنة ، سواء كان الورثة قد وجدوا فعلا أو لم يولدوا بعد وهذا الحق خاص بأشخاص الورثة ولا يعتبر جزءاً من تركة المتوفى . ويترتب على ذلك نتيجة هامة وهو أنه لا يجوز لدائنى المتوفى أخذ ديونهم من مبلغ التأمين لان هذا المبلغ حق خاص بالورثة ولم يكن جزءاً من التركة فلا تتمشى عليهم قاعدة « إن لا تركة الا بعد الوفاء بالدين » وهذا ما يقضى به القضاء المصرى كما بيناه فى صدر نظرية التعاقد للغير .

وكان القضاء بفرنسا يقضى من زمن بعيد بان التأمين لمصلحة الورثة لا يكسبهم حقاً ما لان الورثة غير معلومين وقت التعاقد ، وانه بناء على ذلك يصبح مبلغ التأمين جزءاً من تركة المتوفى [٢] وهو قضاء لا يتفق مطلقاً مع رغبة المتعاقدين ولذا انحى عليه رجال الفقه باللائمة ولم يقروه . واعتبروا بان مثل هذا التعاقد يرتب حقاً خاصاً بالورثة لا يملك دائنو المتوفى أى حق ما فيه [٣] وكان القضاء الفرنسى يجرى فى قضائه على اعتبار الورثة موهوباً اليهم وانه لا تصح الهبة اليهم بواسطة التعاقد للغير طالما ان الورثة لم يكونوا معلومين وقت التعاقد على التأمين أو لم يكونوا على الاقل أجنة وانهم سيولدون فيما بعد ، وعلى ذلك لا يصح التأمين لاشخاص لا يعلمون الا فى المستقبل [٤] أى لاشخاص غير محقق وجودهم فيما بعد [٥] ولم يجد هذا التعليل القضائى أيضاً امام رجال الفقه ما يجعلهم يكفون عن النقد ، فقد اخذوا عليه أنه لا يفرق بين الهبة التى يشترط فيها ولادة الموهوب اليه أو كونه جنيناً ، وبين هذا النوع من سعى المورث فى حماية ورثته مما يحتمل ان ينزل بهم فيما بعد من العوز والحاجة ، فيؤمن لهم على حياته لمصلحتهم. والفرق ظاهر بين النوعين لانه فى الهبة يجب فى الاصل رضاء العاقدين

---

(١) د ، ٨٨ ، ١ ، ٣٦٥ ، — س ، ٨٨ ، ١ ، ٣١٣ (٢) د ، ٧٦ ، ١ ، ٢٣٥ . — س ، ٧٧ ، ١ ، ٢٦
(٣) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٣٣ (٤) personnes futures (٥) personnes incertaines (د ، ٩٠٣ ، ٢ ، ٣٧٧ . — س ، ٩٠٢ ، ١ ، ١٦٥ ومقال Dupuich)

الواهب والموهوب له . واما فى حالة التعاقد للغير فانه يصح التعاقد لمصلحة المنتفع دون أخذ رضاه أولا[١]

نظرية التعاقد للغير

والقوانين الاجنبية

١٩٦ — قرر القانون السويسرى الصادر سنة ١٨٨١ انه يجوز فى جميع الاحوال للمتعاقد ان يرفع الدعوى باسمه خاصة ضد الواعد لاجل الزامه بالوفاء الى الغير (المادة ١٢٨) . ويجوز للغير ولخلفائه ان يطالبوا شخصياً الواعد بالوفاء ، اذا دلت على ذلك نية المتعاقدين فى العقد . وفى هذه الحالة أى فى حالة رفع الدعوى من المنتفع وهو الغير ، لا يجوز للدائن حق ابراء ذمة المدين وهو الواعد (المادة الثانية الفقرة ٢)

واما القانون الالمانى فقد وضع لهذه النظرية مواد كثيرة (المواد ٣٢٨ ـ ٣٣٥) وقررت هذه المواد صحة التعاقد للغير باعتباره ضرورة من الضرورات العملية الحاضرة . واغلب هذه المواد تفصل فيما يسكت عنه المتعاقدان أو فى حالة ما اذا عاب العقدَ شك أو غموض . وقررت المادة ٣٣٥ منه اجازة حق رفع الدعوى بالوفاء من جانب المتعاقد ، حتى لو صرح فى العقد للمنتفع برفعها من قبله . أى ان هناك دعويين لغرض واحد[٢]

فى الآثار الخاصة بالعقود التبادلية

١٩٧ ـ العقود التبادلية أكثر العقود ذيوعاً بين الأفراد وذلك لأن أصل التعامل يرجع الى تبادل المنافع والمرافق . لذا يصبح التزام كل من العاقدين متصلاً بالتزام الآخر بمعنى أن العاقد لايلتزم الا لأن الآخر يلتزم هو أيضاً ويترتب على اتصال الالتزامين بعضهما بالبعض النتائج الهامة الآتية : —

١) يجب الوفاء بالالتزامين معاً بحيث يجوز لمن لم يحصل الوفاء له أن يدفع دعوى

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٣٤ (٢) بلانيول ج ٢ ص ٤١٥ ن ١٣٦٦ و ١٣٦٧ والهامش ٢

الوفاء الموجهة قبله من العاقد الآخر ، بالدفع المسمى بدفع عدم الوفاء [١]

٢) اذا أصبح أحد العاقدين بسبب القوة القاهرة فى حالة يستحيل معها الوفاء من جانبه بما التزم به ، وجب أن تبرأ ذمة العاقد الآخر مما التزم به هو . وهذا ما يدعونا الى تناول بحث نظرية الهلاك [٢]

٣) اذا لم يقم أحد العاقدين بالوفاء جاز للآخر أن يطلب الى القضاء الحكم بفسخ العقد [٣]

وإنا لنفرد لكل نتيجة من هذه النتائج الثلاث الهامة قولا على حدة

١) الاثر الاول للعقود التبادليه

فى الدفع بعدم الوفاء

١٩٨ ـ للعاقدين بمقتضى حرية التعاقد الحق إما فى جعل العقد قابلا للنفاذ حالا وقت انعقاده ، وإما تأجيل الوفاء من الطرفين أو من أحدهما الى أجل معين . ويجب على كل حال احترام ارادتهما فى ذلك .

انما اذا حصل التعاقد على الوفاء حالاً وجب أن يكون الوفاء من الجانبين فى وقت واحد [٤] فاذا حصل بيع واتفق الطرفان على أن البائع يسلم المبيع حالا للمشترى نظير قيام المشترى بدفع الثمن حالاً وجب على المشترى دفع الثمن حتى يجوز له مطالبة البائع بالتسليم كما أنه لا يجوز للبائع مطالبة المشترى بالثمن الا اذا أعد المبيع للتسليم . وعلى ذلك يعتبر كل التزام مسوغاً للالتزام الآخر كما لاحظ دوما وبونييه . ويقول هذا الأخير بأن المشترى يلزم بدفع الثمن فى الوقت الذى يحصل له فيه التسليم . أى أنه اذا لم يحصل الوفاء من أحدهما لا يجوز له مطالبة الآخر بالوفاء بالتزامه

هذه القاعدة فى أن لا يجوز مطالبة العاقد لزميله بالوفاء الا اذا سبق له أن وفى بالتزامه ، أى الدفع بعدم الوفاء [٥] لم ترد بعبارة صريحة فى القانون المصرى ولا فى

---

(١) exception non adimpleti contractus (٢) risques (٣) résolution أو résiliation (٤) simultanéité (٥) exceptio non adimpleti contractus

القانون الفرنسى . والذى قررها هم الشارحون للقانون الرومانى فى العصور الوسطى[1] وقال بهذه القاعدة القانون الألمانى الصادر سنة ١٩٠٠ بالمادة ٣٢٠ مدنى

١٩٩ — ولكن اذا كانت هذه القاعدة لم تتقرر بنص صريح بالقانون المصرى الا انه وردت بهذا القانون نصوص تدل عليها وتأخذ بها مثلا : تقرر المادة ٣٢٨/٦٠٤ و١٦٥١ فرنسى بأنه يجب على المشترى دفع الثمن فى المواعيد والمكان وطبقاً للشروط ، المبين كل منها بالعقد . وتقرر المادة ٣٢٩/٤٠٧ مدنى بان يكون الدفع بمحل التسليم . وتقول المادة ٢٧٩/٣٥٠ مدنى و١٦١٢ فرنسى بانه يجوز للبائع أن يمتنع عن التسليم اذا لم يقم المشترى بدفع الثمن وهو الثمن المشترط دفعه فى الحال ولم يكن مؤجلا دفعه الى أجل فى المستقبل. ويجوز للبائع مع ذلك فى حالة الاتفاق على تأجيل الثمن أن يرفض التسليم اذا أصبح المشترى فى حالة اعسار أو أصبح مفلسا بعد انعقاد العقد بحيث يشعر البائع بخطر يهدده فى الثمن فيما اذا سلم المبيع (المادة ٢٨١/٣٥٣ مدنى و١٦١٣ فرنسى) . وقالت أيضاً المادة ٣٣١/٤١١ مدنى و١٦٥٣ فرنسى بأنه يجوز المشترى الامتناع عن دفع الثمن فيما اذا تعرض لوضع يده متعرض : كأن يدعى المتعرض حقاً عينيا عقاريا على العقار المبيع مثلا ، كالملكية أو حق ارتفاق أو رهنا تأمينيا

تلك هى المواد الدالة على «الدفع بعدم الوفاء». وان كان هذا الدفع مؤيدا بهذه المواد الا أن الفقه بفرنسا وبعض قضائه يرى فى هذه المواد انها تقرر حق الحبس[2] وانها لم تخرج عن كونها تطبيقات عملية له[3]

٢٠٠ ـ والذى نلاحظه نحن ان المواد الفرنسية التى أشرنا اليها فى تقريرها للدفع بعدم الوفاء وهى المواد ١٦١٢ و١٦١٣ و١٦٥٣ لم تأت مطلقا بكلمة حبس[4] ولا بالاشتقاقات منها كحق الحبس[5] لذا أصبح باب الجدل فسيحاً أمام القضاء والفقه الفرنسيين فى جعل هذه المواد تنصرف إما الى حق الحبس وإما الى الدفع بعدم الوفاء

---

(١) وهم المسمون postglossateurs أى الشارحين للشارحين (٢) droit de rétention
(٣) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٣٨ (٤) retenir (٥) dr. de rétention

ويظهر ان الشارع المصرى (المختلط والاهلى) قد تأثر بمذهب القضاء والفقه الفرنسيين ، ذلك المذهب الذى قرر الاخذ بحق الحبس ، أى بان المواد ١٦١٢ و١٦١٣ و١٦٥٣ الفرنسية انما تؤيد حق الحبس . ومما يدل على ان الشارع المصرى أراد الأخذ بهذا المذهب هو نفس الصيغة التى صاغ بها المواد المصرية : ٢٧٩و ٢٨١ و٢٨٢و ٣٣١ وذلك انه ذكر فى المادة ٣٧٩ « ان للبائع الحق فى حبس المبيع » [(١)] وفى المادة ٢٨١ «جاز للبائع المذكور حبس المبيع »[(٢)] وفى المادة ٢٨٢ « ... يكون حق البائع فى حبس المبيع »[(٣)] (وهذه المادة أبلغ فى التعبير اذ ذكرت حق الحبس بالنسخة الفرنسية بالصيغة العلمية) وفى المادة ٣٣١ « .. فله أن يحبس الثمن .. » [(٤)] هذه الصيغة المصرية لم تكن منقولة عن الشارع الفرنسى بالذات ، انما هى صيغة متأثرة بمذهب الفقه والقضاء الفرنسيين .

ولكن برغم ذلك فأنا نرى مع كولين وكابتان [(٥)] ان حق الحبس هذا الذى قرره القضاء والفقه الفرنسيان بالمواد ١٦١٢ و١٦١٣ و١٦٥٣ ، والذى قرره التشريع المصرى بالذات بالمواد ٢٧٩ و٢٨١ و٢٨٢ و ٣٣١ مدنى مصرى ، والذى يقرره الشارع هنا وهناك فى بعض حالات أخرى ، لم يخرج عن كونه تطبيقاً لنظرية الدفع بعدم الوفاء أى أن حق الحبس هذا نتيجة عملية لحق الدفع بعدم الوفاء وظل له

٢٠١ — ملاحظة هامة : الدفع بعدم الوفاء دفع ملاحظ من نفسه فى العقود التبادلية أى أنه مفروض وجوده ومفروض مفعوله بها . فاذا لم يوف أحد الطرفين بالتزامه جاز للآخر أن لا يوفى بالتزامه . أى أنه يفسخ من تلقاء نفسه دون الحاجة الى الالتجاء للقضاء . واذا حصل الالتجاء الى القاضى فلا يكون ذلك الا لعنت من جانب مَن لم يوف بالتزامه . على أن القضاء لا يخرج فى حكمه فى هذه الحالة عن مجرد اقرار الحالة التى كان عليها العاقدان عند عدم قيام أحد العاقدين بالوفاء بالتزامه

انتهينا الآن من الأثر الاول للعقود التبادلية وهو الدفع بعدم الوفاء . ولننظر الآن فى الأثر الثانى لها وهو نظرية الهلاك

---

(١) retenir (٢) retenir (٣) droit de rétention (٤) retenir

(٥) ج ٢ ص ٣٣٨

٢) الأثر الثانى للعقود التبادلية

فى نظرية الهلاك [١]

٢٠٢ — يراد بالهلاك [٢] التلف الجزئى أو الكلى الذى يصيب الشىء المتعاقد عليه.فمن من العاقدين يتحمل هذا التلف بعد انعقاد العقد وعلى الاخص فى العقود التبادلية ، أى على حساب من منهم يكون التلف ؟ أعلى البائع أم على المشترى؟ إن لهذه النظرية أهمية خاصة فى عالم التشريع الحاضر ولذا نرى ايجاز البيان فيها فى القانون الفرنسى والشريعة الاسلامية والقانون المصرى . ورجوعنا الى بسطها فى القانون الفرنسى أمر محتم علينا لأن القانون المصرى قد أخذ عن القانون الفرنسى . وأما الرجوع الى الشريعة الاسلامية فلأنها كانت الشريعة المعمول بها بمصر وقت تنظيم المحاكم الحديثة لذا نرى من الضرورى ايضاح الحالة فى هذه الشرائع كل منها حتى نصل الى معرفة ما اذا كان القانون المصرى الحاضر مستقى من القانون الفرنسى أو من الشريعة الاسلامية بشأن هذه النظرية . هذا ونرى أن لقانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٤ رقم ١٨ و ١٩ أثراً ظاهراً فى تقرير نظرية الهلاك لأنه قرر فى المادة الاولى من أن الملكية فى الحقوق العينية العقارية لا تنتقل بين الطرفين الا بالتسجيل

والآن نتكلم على الموضوع بالترتيب الآتى : ١) الهلاك فى القانون الفرنسى — ٢) الهلاك فى الشريعة الاسلامية — ٣) الهلاك فى الشرائع الأجنبية — ٤) الهلاك فى القانون المصرى قبل سنة ١٩٢٤ — ٥) الهلاك فى القانون المصرى من سنة ١٩٢٤

١ — الهلاك فى القانون الفرنسى

١ — هلاك الشىء المعين فى العقود التبادلية

٢٠٣ — قررت المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى ما يأتى : « الالتزام بتسليم شىء يعتبر تاماً بمجرد حصول الايجاب والقبول من الطرفين . وبالالتزام هذا يصبح الدائن للالتزام مالكا للشىء وعليه هلاكه من الوقت الذى يجب التسليم فيه اليه حتى ولو

---

(١) بلانيول ص ٤٣٩ — ٤٤٦ ن ١٣٣٤ - ١٣٥٢ (٢) risque

لم يحصل التسليم فعلا الا اذا سبق التنبيه على المدين بالتسليم فان الذى يتحمل بالهلاك في هذه الحالة هو المدين . وهذه المادة خاصة ببيع الشيء المعين[1] . وعلى ذلك بمجرد حصول البيع يصبح المشترى مالكا والبائع غير مالك . فاذا هلك الشيء في يد البائع فهلاكه على المشترى لأنه هو المالك ولا يلزم البائع بأى تعويض ما لأنه لم يكن مخطئاً أى مقصراً ولم يسبق التنبيه عليه بالوفاء (المادة ١٣٠٢ مدنى فرنسى) . أى لا يلزم البائع بشيء ما في الوقت الذى يلزم فيه المشترى بدفع الثمن

٢٠٤ — هذا هو مذهب القانون الفرنسى . وربما يتعارض في ظاهره مع العدالة ومع ارتباط الالتزامين في التعاقد التبادلى ، باعتبار ان كل ارتباط متصل بالآخر بحيث لو زال أحدهما زال الآخر معه

ولكن يجب التعرف على حقيقة هذا المذهب ومن أين تسرب الى القانون الفرنسى : كان الرومان يقولون بهذا المذهب في ان الهلاك على المشترى . والسبب في تقريرهم له ان عقد البيع يتكون من التزامين ولكل التزام تعهد خاص مستقل عن الآخر . أى ان عقد البيع مكون من عقدين ولذا يسمى الرومان عقد البيع بكلمتين اشارة الى التعهدين[2] بحيث اذا زال أحد الالتزامين فلا يزول الآخر[3]

ولكن في وقتنا الحاضر لا يفسر البيع بالتزامين أحدهما مستقل عن الآخر بل يفسر العقد التبادلى بوجه عام بان كل التزام فيه من الالتزامين يعتبر سبباً للآخر . واذا كان الامر كذلك امتحال القول بان مبدأ الهلاك في الوقت الحاضر في القانون الفرنسى مأخوذ عن القانون الرومانى لانه بينما يقول هذا الاخير باستقلال كل من الالتزامين اذ يقول القانون الحاضر باتصالهما كل الاتصال

اذن كيف يمكن تفسير نظرية الهلاك في القانون الفرنسى وهى على تلك الصورة سواء كان الهلاك خاصاً بالبيع أم بالهبة مثلا ؟

يفسرون ذلك بالرجوع الى العدالة أى بما فسره به الرومان : يقولون بانه ما دام المشترى يستفيد وحده دون البائع من ارتفاع قيمة المبيع قبل تسليمه اليه فانه يجب

---

(١) corps certain (٢) emptio-venditio (٣) جيرار في القانون الرومانى الطبعة السادسة ص ٥٥٦ . — كوك ص ٤٦١ . — مذكراتنا في القانون الرومانى

عليه من طريق آخر أن يتحمل ما يصيب المبيع من التلف الجزئى أو الكلى أى يؤخذ فى ذلك بقاعدة الغرم بالغنم [١] . وقد يرد على ذلك ان الزيادة فى قيمة الشىء لا تعادل التلف الجزئى أو الكلى

٢٠٥ — ويقول البعض الآخر ومنهم كولين وكابتان [٢] . ان السبب فى جعل الهلاك على عاتق المشترى انما يرجع لأثر العقد نفسه . اذ بالعقد فى الوقت الحاضر تنتقل الملكية فى الحال من البائع الى المشترى ، ويصبح الدائن فى العقد مالكا للمبيع بمجرد حصول العقد ، أى أن الهلاك عليه قبل التسليم وهذا أخذاً بالقاعدة المعروفة ان الهلاك على المالك [٣] . وما دام المشترى كان مالكا وقت تلف الشىء أو هلاكه ، فلا يمكن القول اذ ذاك بان المدين أى البائع لم يوف بدينه ، بل قد حصل الوفاء بنقل الملكية الى المشترى. وما دام قد حصل الوفاء من قبل المدين وهو البائع فانه يجب ان يحصل الوفاء من جانب المشترى المدين بالثمن ، أى يجب عليه دفع الثمن الى البائع

ومما تقدم يرى ان المسوغ القانونى للهلاك قد يكون أحد ثلاثة : مسوغ رومانى ومسوغ حاضر. وهذا المسوغ الحاضر اما أن يرجع الى فكرة المقابل فى الزيادة فى القيمة واما الى أثر العقد فى نقل الملكية . فأما المسوغ الرومانى فلا يؤخذ به . ويصح الاختيار الآن بين المسوغين الحاضرين

فاذا فرض واتفق العاقدان أن لا تنتقل الملكية الى المشترى الا بالتسليم الفعلى [٤] وهلك المبيع بحادث قهرى قبل حصول التسليم أصبح الهلاك على البائع أخذاً بالقاعدة القائلة الهلاك على المالك [٥] وبالمادة ١١٣٨ مدنى فرنسى ، ولا يلزم المشترى حينئذ بالثمن . ولكن اذا أخذنا بالمسوغ القانونى الآخر وهو القائل بتحمل الهلاك فى مقابل الزيادة المحتملة [٦] كان الهلاك فى هذه المرة على عاتق المشترى لا على عاتق البائع

لذا كان الاخذ بالمسوغ القائل بأثر عقد نقل الملكية هو الاصح لان العقد قانون التعاقدين . فاذا اتفق على أن لا تنتقل الملكية الى المشترى الا عند التسليم صح العقد وأصبح الهلاك قبل التسليم على البائع لانه يستحيل عليه مع الهلاك الوفاء بالتزامه واذا

---

(١) فتحى زغلول باشا ص ٢١٦ فى النصف (٢) ج ٢ ص ٣٢٩ (٣) res perit domino
(٤) tradition (٥) res perit domino (٦) plus-value

استحال عليه ذلك استحال أيضاً على العاقد الاخر الوفاء بالتزامه أى بدفع الثمن أخذاً بالدفع المعروف « بالدفع بعدم الوفاء »

ويؤيد هذا الرأى الاخير ما قرره القانون التجارى الفرنسى بالمادة ١٠٠ (المقابلة تماماً حرفاً بحرف للمادة ٩٤ / ٩٩ تجارى مصرى) فى أن « البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون هلاكها [1] فى الطريق على من يملكها [2] ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك . » أى البضاعة بعد بيعها تصبح ملكا لمشتريها فهلاكها عليه بعد خروجها من محل البائع فاذا تلفت فى طريقها كان تلفها على المالك وهو المشترى. ولكن أجاز القانون الاتفاق على جعل الهلاك على عاتق البائع حتى يتم التسليم بوصول البضاعة الى محطة الوصول ومثل هذا الاتفاق صحيح لانه لا يخالف النظام العام

وهذه المادة التجارية قاطعة فى صحة الاخذ بالمسوغ القانونى للهلاك ، ذلك المسوغ القائل بأن السبب فى الهلاك راجع لاثر العقد الناقل للملكية ، أى ان الهلاك على المالك [3] الا اذا حصل الاتفاق على ما يخالفه

وكذلك فى حالة بيع الاشياء المعينة جنساً [4] فان الهلاك فيها على البائع حتى يتم تعيينها تعييناً نافياً للجهالة [5] والحال كذلك أيضاً فيما يباع بالوزن والكيل والمقاس فان الهلاك فيه على البائع قبل الوزن والكيل والمقاس (المادة ١٥٨٥ مدنى فرنسى . وهى تقابل المادتين ٢٤٠ / ٣٠٦ و ٢٤١ / ٣٠٧ مصرى)

فى مستثنيات المادة ١١٣٨ الفرنسية

٢٠٦ — قلنا إن المادة ١١٣٨ قد قررت الهلاك على المالك فى العقود التبادلية ولحنا الى عقد البيع وعقد الهبة . والذى يحصل التساؤل فيه الآن هل يصح هذا المذهب القائل بالهلاك على المالك فى جميع العقود التبادلية على اختلاف أنواعها كالايجار مثلا ، أو لا يصح ؟ الذى يجزم به الآن أن التعميم لا يصح لاننا أشرنا الى البيع والهبة باعتبار أن هذين العقدين ناقلان الملكية . وعلى ذلك لا يصح الاخذ بمذهب

---

(١) النص العربى للقانون يقول « خطرها » والمقصود هلاكها او تلفها (٢) aux risques et périls de celui à qui (٣) res perit domino (٤) in genere (٥) individualisation

المادة ١١٣٨ فى عقد الايجار الذى لا ينقل الملكية من المؤجر الى المستأجر .

على أنه يجب أن لا يفوتنا أن فى العقد التبادلى يعتبر كل التزام سبباً للآخر . فاذا استحال الوفاء على أحد العاقدين بالتزامه انقضى معه التزام الآخر باعتبار أن التزام هذا الآخر ظل لالتزام العاقد الأول يزول بزواله ويبقى ببقائه . هذه هى القاعدة العامة فى التعاقد التبادلى . وقد أشار القانون الفرنسى فى بعض مواده الى صحة هذه القاعدة فى حالة الايجار حيث قررت المادة ١٧٢٢ ما يأتى : « اذا هلك الشىء المؤجر جميعه بحادث قهرى أثناء مدة الايجار فسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون [١] أما اذا كان هلاك الشىء جزئياً جاز للمستأجر تبعاً للظروف إما طلب تنقيص قيمة الايجار أو فسخ العقد . ولا محل للتعويض فى الحالتين » . (وهذا هو ما قررته المادة ٣٧٠/٤٥٣ مدنى مصرى) أى أن المؤجر ملزم بتمكين المستأجر من الانتفاع . فالمؤجر مدين بالانتفاع ، والمستأجر دائن بالانتفاع . فاذا استحال الوفاء من جانب المؤجر فان الوفاء يستحيل أيضاً من جانب المستأجر . أى اذا هلك الشىء المؤجر فالهلاك على المؤجر وهو المالك للشىء . وفى هذه الحالة لا يلزم المستأجر بدفع الايجار . وبهذا المعنى أيضاً ما قررته المادة ١٧٩٠ مدنى فرنسى (ولا شبيه لها فى القانون المصرى ولكنها تقرر قاعدة عامة) فى أنه اذا استؤجر عامل بالأجرة للقيام بعمل على شىء يقدمه له المؤجر وهلك الشىء فى يد مالكه قبل تسليمه للعامل فلا يجوز لهذا الأخير المطالبة بتعويض .

٢٠٧ — ومما تقدم يرى أن المادة ١١٣٨ انما تقرر قاعدة استثنائية خاصة بالعقود التبادلية الناقلة للملكية أو للحقوق العينية أى أن المادة ١١٣٨ لا تتمشى على جميع العقود التبادلية على اختلاف أنواعها . وفى غير العقود التبادلية الناقلة للملكية يجب أن لا يؤخذ بهذه المادة بل يجب تقرير قاعدة أخرى يمكن تكوينها مما مرّ بيانه بشأن الايجار عن شىء أو عن شخص . هذه القاعدة الأخرى هى أن الهلاك فى العقود التبادلية على المدين [٢] . لانه اذا تعذر على المدين الوفاء بما التزم به أو استحال عليه

---

(١) de plein droit

(٢) le risque est à la charge du débiteur

الوفاء فسخ العقد . وعند ذلك لا يلزم العاقد الآخر بالوفاء بالتزامه . وقد بينا ذلك في حالة الايجار اذ يعتبر المؤجر مديناً بالانتفاع والمستأجر دائناً به فاذا تلف الشيء المؤجر كان التلف على المؤجر وهو المدين بالانتفاع. أى فى الوقت الذى تبرأ فيه ذمة المؤجر لحصول التلف القهرى ، تبرأ ذمة المستأجر أيضاً لعدم تمكنه من الانتفاع .

٢٠٨ ـ ويظهر أن هـذا الرأى فى تقرير نظرية الهلاك فى حالة نقل الحقوق العينية وفى حالة عقـد الايجار هو الرأى الذى يتفق مع العدالة ومع طبيعة العـقود المذكورة وهو ماجرى عليه القضاء الفرنسى أيضاً [١] ولـكن لوحظ فى بعض أحكام القضاء الفرنسى انه قرر نظرية الهلاك على المدين بطريقة أخرى وهى الاستعانة بدعوى الفسخ [٢] (المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى) أى مادام المدين لم يقم بالوفاء بالتزامه فان الدائن لا يستطيع فسخ العقد من تلقاء نفسه بل لا بد له من رفع دعوى الفسخ أمام القضاء . وهذا يخالف الأخذ بنظرية الهلاك اذ بحصول التلف وعلى الأخص التلف الـكلى ، يفسخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون دون الحاجة الى الالتجاء للقضاء . ويرى الناقدون لهذا الرأى القضائى الفرنسى أن هذا الرأى لم يكن فى محله وأنه لا محل الى الاستعانة بالمادة ١١٨٤ القائلة بدعوى الفسخ . لأن محل ذلك فيما اذا كان عدم الوفاء ناشئاً بفعل المدين لا بحادث قهرى [٣] وقد قصرنا نظرية الهلاك هنا على التلف الناشئ عن الحادث القهرى . لذا قلنا بنظرية الهلاك على المدين وأن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه دون الحاجة الى رفع دعوى اذا كان التلف كلياً . وأما اذا كان جزئياً فانه يجوز الالتجاء للقضاء لطلب الفسخ أو تنقيص الايجار (المادة ١٧٢٢ مدنى فرنسى المقابلة للمادة ٣٧٠ / ٤٥٣ مدنى مصرى)

وعلى ذلك يرى أنه يجوز الاخذ بالمادة ١٧٢٢ و ٣٧٠ / ٤٥٣ مدنى بوجه عام أى أنه فى كل حالة يحصل فيها التلف ويكون التلف كلياً فى ايجار أو غير ايجار ، ينفسخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون . وأما اذا كان التلف جزئياً فانه يجب

---

(١) د. ٧.٩٠ ـ ١ ـ ٢٨١ ، ١٩٠٨ ـ ومقال بلانيول . ـ د ٥ ١٩٠٨ ـ ١ ٥ ١٩١ ٠ ـ س ٥ ١٩٠٧ ـ ١ ٥ ٣٢١ ومقال Chavegrin (٢) action en résolution (٣) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٣٤٢

الالتجاء للقضاء [١] ولكن لا يفوتنا أن نلاحظ بأنه فى حالة التلف الكلى أيضاً يحصل أن يلتجئ العاقدان للقضاء اذا تعنت المدين الذى حصل التلف الكلى من جانبه . وفى هذه الحالة يقضى القضاء بما يقر الحالة التى قررها القانون نفسه ، أى يؤيد الفسخ الحاصل بقوة القانون

الهلاك فى الالتزام المعلق على شرط

٢٠٩ ـ قلنا إن المادة ١١٣٨ تجعل الهلاك فى نقل الحقوق العينية على المالك ورأينا أنها لا تتمشى على العقود التبادلية الاخرى الخاصة بغير نقل الحقوق العينية ونقول هنا أيضاً بأنها لا تتمشى على العقود المعلقة على شرط فاذا حصل عقد بيع بشرط توقيفى كان الهلاك على البائع . أى اذا هلك الشىء المبيع قبل تحقيق الشرط تحمل المدين أى البائع الهلاك [٢] لان المدين فى هذه الحالة وهو البائع مدين بتنفيذ ما التزم به وهو لا يستطيع الوفاء بالتزامه . وعلى ذلك لا يلزم المشترى بالوفاء بما التزم به أيضاً .على انا اذا نظرنا الى القاعدة القائلة بأن للشرط أثراً رجعياً [٣] رأينا أنه كان يجب اعتبار المشترى مالكا من تاريخ الشراء أى أنه يتحمل هلاك الشىء أخذاً بقاعدة الهلاك على المالك ولكن يظهر أن القول بجعل الهلاك على البائع قد لوحظت فيه العدالة . على أنه يمكن القول من طريق آخر بأن قاعدة الاثر الرجعى للشرط انما هى قاعدة مقررة على سبيل المجاز والتصور [٤]

وكذلك يجب الاخذ بهذه القاعدة المنطبقة على العدالة كما قلنا ، فى حالة ما اذا كان البيع معلقاً على شرط توفيقى وكان التلف جزئيا وهذا أخذاً من طريق القياس على المادة ١١٨٢ فقرة ٣ مدنى فرنسى التى أجازت للمشترى حق الاختيار بين طلب الفسخ أو طلب أخذ الشىء بالحالة التى هو عليها دون تنقيص الثمن (والمشترى

(١) د ، ٩١١ ، ١ ، ٣٢٩ ومقال بلانيول . ـ د ، ٩١١ ، ١ ، ٥٥٠ ـ س ، ٩١٠ ، ١ ، ٧١ (٢) المادة ١١٨٢ مدنى فرنسى ولا مثيل لها بالقانون المصرى ولكنها تقرر قاعدة عامة (٣) المادة ١١٧٩ مدنى فرنسى وهى تقابل المادة ١٠٥ / ١٥٩ مدنى مصرى وتقابل أيضا المادة ٢٦٩/٣٣٩ مدنى مصرى المقررة فى حالة البيع تطبيقا للمادة ١٠٥/١٥٩ المقررة فى باب الالتزامات بوجه عام (٤) fictéon ـ كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٤٣ . ـ بلانيول ص ٤٤٤ ن ١٣٥٠ وما بعدها

لا محالة يختار الفسخ حتى يجعل الهلاك على البائع) — ويلاحظ ان ما قررته المادة ١١٨٢ فقرة ٣ مدنى فرنسى فى باب الالتزامات هو ما قررته المادة ٢٩٧/٣٧١مدنى مصرى فى باب البيع

٢١٠ — هذا فيما يتعلق بالشرط التوقيفى . وأما العقد المعلق على شرط فاسخ كعقد البيع الوفائى فانه طبقاً لما قررناه من الاثر الرجعى للشرط . يجب اعتبار الهلاك على البائع عند تحقق هذا الشرط الفاسخ أى انه يجب على البائع رد الثمن الذى أخذه فى الوقت الذى لا يستطيع فيه التمتع بحق طلب رد الشىء اليه ، والمسوغ لذلك كله انما هو الاخذ بقاعدة الهلاك على المالك . ومادام انه مالك من تاريخ العقد بحكم رجعية الشرط ، فانه يجب عليه تحمل الهلاك وحده

ولكن هذا الرأى لم يتقرر . بل عكسه هو الذى تقرر وهو أن الهلاك على المدين وهو المشترى. أى اذا حصل الهلاك تحمله هو وليس له حق فى مطالبة البائع برد الثمن اليه . والسبب فى تقرير هذه القاعدة هو نفس الشرط التوقيفى لان الشرط الفاسخ لم يخرج عن كونه شرطا توقيفياً معكوساً . اذ يلاحظ فى الحقيقة فى البيع المعلق على شرط فاسخ انه بيع بسيط غير موقوف على شرط . انما الموقوف فيه على شرط هو الفسخ . أى ان انحلال العقد أو زواله موقوف على شرط فسخه ، أى الشرط الفاسخ. فاذا تحقق الشرط الفاسخ أصبح البائع وقتئذ دائنا بالاستلام والمشترى مدينا بالتسليم أى ان الهلاك على المدين أى على المشترى . وعلى ذلك يهلك المبيع عليه ولا يجوز له الرجوع بالثمن على البائع . وهذا هو نفس ما تقرره المادة ١١٨٢ فقرة ٣ مدنى فرنسى المقابلة للمادة ٢٩٧/٣٧١ مدنى مصرى ويجب الاخذ بهذه المادة فى هذه الحالة مادام الشارع لم يضع لهذه الحالة قاعدة خاصة

٢١١ — وقد أخذ قضاء بلاد هولاندا بعكس هذه النظرية [1] اذ عول على ضرورة الاخذ بنظرية الاثر الرجعى للشرط ، وقرر بانه فى حالة البيع المعلق على شرط فاسخ وعند تحقق الشرط يجب على البائع أن يسترد المبيع بالحالة التى هو عليها ،

---

(١) د ٥ ٨٠ ٥ ٢ ٥ ٩٠ ٠ ٠ س ٨١ ٥ ٤ ٥ ٣ ٠ .

ويلزم برد ما قبضه من الثمن (١) ومعنى استرداد البيع بالحالة التى هو عليها هو تحميل البائع بالتلف الذى أصاب المبيع قبل تحقق الشرط .

هذا مجمل القول فى نظرية الهلاك فى القانون الفرنسى . والآن نأتى بلمحة سريعة على نظرية الهلاك فى الشريعة الاسلامية

٢ — الهلاك فى الشريعة الاسلامية

٢١٢ — وردت أحكام الهلاك فى الشريعة الاسلامية فى حالة البيع بالمواد ٣٦٦ ـ ٣٦٨ من مرشد الحيران . وهذه المواد مستقاة على ما يظهر من كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع وهى تتلخص فى الاحوال الآتيـة : المبيع اما ان يهلك كله أو يهلك بعضه وإما أن يهلك قبل القبض أو يهلك بعده وفى كل الاحوال إما ان يهلك بآفة سماوية ، وإما ان يهلك بفعل البائع أو بفعل المشترى أو بفعل الاجنبى ـ هذا ولـكل من هذه الاحوال حكم (٢) .

والمهم من ذلك كله دون ان ندخل فى التفصيل هو ان هلاك الشىء على البائع قبل القبض (المادة ٣٦٦ من مرشد الحيران) سواء كان الهلاك بآفة سماوية (وهو المظهر الصحيح للهلاك بالمعنى العلمى القانونى) أم كان بفعل البائع أو بفعل أجنبى عن العاقدين (المادة ٣٦٨ من مرشد الحيران) ومعنى الهلاك ان الذى يتحمله هو البائع . فلا يجوز له مطالبة المشترى بالثمن لانه لو طالب به طالبه المشترى هو الآخر بتنفيذ ما التزم به وهو التسليم وقد استحال . أما اذا حصل الهلاك بعد القبض بآفة سماوية فالهلاك على المشترى (٣)

ونخرج من هذا الى القول بأن الشريعة الاسلامية جعلت الهلاك على البائع قبل القبض أى قبل التسليم . وهى بذلك تخالف القانون الفرنسى كما مر اذ قرر هـذا القانون بالمادة ١١٣٨ أن الهلاك قبل القبض على المشترى . والذى يلوح لنا من مقارنة الشريعتين الاسلامية والفرنسية أن القانون الفرنسى أخذ بنظرية الهلاك على المالك

(١) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٣٤٣ (٢) شرح البيع لحلمى باشا عيسى ص ٣٨٤ ـ ٣٨٧ ن ١١٩٠ ـ ١١٩٣ (٣) شرح البيع لحلمى باشا عيسى ص ٣٨٥ ن ١١٩١

وأما الشريعة الاسـلامية فقد أخذت بنظرية الهلاك على المدين . واستند القانون الفرنسى الى أن الملكية انتقلت الى المشترى وبذا أصبحت ذمة البائع بريئة مما التزم به وهو تمليك المشترى وقد ملكه . أما الشريعة الاسلامية فقد رأت ان البائع ماتزم بالتسليم . ولما استحال عليه فليس له المطالبة بالثمن لانه لو طالب به دفع المشترى الدعوى قبله بالزامه أولا بالوفاء . وما دام قد استحال الوفاء بالتسليم فقد استحال معه الوفاء بالثمن (١) . وقد علل فتحى باشا زغلول قاعدة الهلاك على البائع فى الشريعة الاسلامية بانه ولو ان الملكية قد انتقلت من البائع الى المالك الا ان هـذه الملكية تصورية محضة ولا يترتب حق عليها للمشترى فى التصرف ببيع العقار لانه ممنوع من ذلك بقول محمد عند الحنفية وباجماع الشافعية . اذ لا يباح التصرف للمشترى بمثل بيع أو اجارة أو رهن الا اذا قبض المشترى المبيع فعلا أو حكما (٢)

٣ — الهلاك والشرائع الاجنبيه

٢١٣ — قام بعض العلماء فى القرن السابع عشر والثامن عشر ومنهم بوفندورف (٣) وباربيراك (٤) واعترضوا على قسوة النظرية الرومانية فى جعل الهلاك على المشترى . وكانت حجتهم فى الاعتراض على ان هذا الرأى لا يتفق مع العدالة . وقالوا بان هذه العدالة تقضى بان الهلاك يكون على البائع طالما أن هذا الاخير لا يزال مالكا . ثم اطلقوا على مذهبهم هذا تلك القاعدة القائلة بان الهلاك على المالك (٥)

وقد تأثر بعض الشرائع بما اعترض به علماء القرن السابع عشر والثامن عشر وفى مقدمتهم بوفندورف (٦) اذا تقرر فى انكلترا والنمسا ان البائع يتحمل بالهلاك طالما انه لا يزال مالكا (٧) . وقرر القانون الالمانى الاخذ بهذا المبدأ أيضاً فى المادة ٤٤٦ منه

---

(١) شرح البيع ص ٣٨٤ ن ١١٩٠ فقرة ٢ (٢) شرح القانون المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٢١٠٥ فى نهاية الصفحة (٣) Puffendorf (٤) Barbeyrac (٥) res perit domino الانيول ج ٢ طبعة سنة ١٩٢١ ص ٤٤٥ ن ١٣٤٥ . ـ وفى تاريخ هذه القاعدة من حيث الاصطلاح على التسمية راجع ن ١٣٤٦ حاشية ١ فى نفس الصفحة (٦) Poffendorf
(٧) بلانيول ج ٢ ص ٤٤٦ ن ١٣٤٩ . ـ فتحى باشا زغلول ص ٢١٦ من نصف الصفحه

بان المشترى يتحمل الهلاك الجزئى أو الكلى فى حادث قهرى ، على شرط ان يكون ذلك بعد حصول التسليم اليه . ويقول « سالى » [١] ان هذا الرأى الالمانى الجديد مطابق للقانون الالمانى القديم وان هذا الرأى يتفق كثيراً مع العدالة .

وهذا الرأى الذى يتفق مع العدالة هو هو بعينه الذى قررته الشريعة الاسلامية كما مر بالمادة ٣٦٨ من مرشد الحيران . وهو هو بعينه أيضاً الذى قرره القانون المصرى بالمادة ٢٩٨ / ٣٧١ مدنى كما سيأتى بعد [٢]

٤ — نظرية الهلاك فى القانون المصرى

١ . — التشريع المصرى قبل قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩

٢١٤ — يلاحظ على القانون المصرى انه قرر الاخذ بقاعدتى الهلاك المتقدمتين . اذا قرر بان الهلاك على المالك . ثم قرر ايضاً بان الهلاك على البائع

٢١٥ — **القاعدة الاولى : الهلاك على المالك** [٣] . قرر القانون بالمادة ٤٥ / ٦٧ مدنى بأن الملكية تنتقل فى الاموال المنقولة أو الثابتة بمجرد حصول العقد . أى انه بمجرد حصول الاتفاق على نقل الملكية يعتبر المشترى مالكا فى الحال والبائع غير مالك . وقد تأيدت هذه المادة بالمادة ٩١ / ١٤٥ مدنى اذ قررت هذه الاخيرة ان التعهد بتسليم شيء (أى ببيعه) ينقل الملكية فى الحال اذا كان الشيء معيناً ، وكان مملوكا للملتزم . وبناء على هذه القاعدة القائلة بانتقال الملكية فى الحال للمتعهد اليه ـ وهذه قاعدة عامة لان المادة ٤٥ وردت فى باب العقود بوجه عام ولأن المادة ٩١ وردت فى باب الالتزامات ـ يجوز حينئذ للمتعهد له ان يطلب الى القضاء تمكينه من وضع يده على هذا الشيء محل التعهد . وهو ماقررته المادة ١١٨/١٧٥ مدنى

(١) Saleilles فى كتابه فى الالتزامات الالمانية ن ٢٨٢ (٢) شرح البيع ص ٣٨٤
(٣) res perit domino ن ١١٨٩

هذه المواد الثلاث ٤٥ و ٩١ و ١١٨ وردت فى الابواب العامة المقررة للحقوق بوجه عام . أى ان حكم هذه المواد حكم عام .

هذا الحكم العام قد تأيد ببعض المواد التى وردت فى الأبواب الخاصة من القانون وهى الأبواب التى تكلمت عنها بعض العقود المسماة مثل عقد البيع. ذلك ان المادة ٢٦٩ / ٣٣٦ مدنى الواردة فى باب البيع قررت بأنه بمجرد عقد البيع تنتقل ملكية المبيع الى المشترى . وأنه بناء على انتقال الملكية هذه يجوز للمشترى مطالبة البائع بالتسليم . ويظهر لنا أن حق المشترى فى الاستلام انما هو متولد عن حق الملكية المنقولة اليه أى ان التزام البائع بالتسليم لم يكن شرطاً من شروط عقد البيع انما هو نتيجة حتمية لزوال الملكية منه وانتقالها الى المشترى .

وتنتقل الملكية فى الحال بمجرد انعقاد العقد حتى ولو كان التسليم مؤجلا الى وقت آخر على شرط أن يكون المبيع ميناً كما قدمنا (المادة ٢٦٧ / ٣٣٧ مدنى) أى ان الملكية تنتقل فى الحال الى المشترى سواء كان البيع بسيطاً أو كان التسليم مؤجلا وعلى ذلك اذا أفلس البائع جاز للمشترى مطالبة وكيل الدائنين بتسليمه العين المبيعة مادام أنه مالك لها من وقت انعقاد العقد ، لان الذى تأجل انما هو تسليم العين . أما ملكيتها فقد انتقلت فعلا بمجرد حصول العقد بوقته (المادة ٢٦٧ / ٣٣٧ مدنى) .

وانتقال الملكية فى الحال سواء كان بالتسليم حالا أم مؤجلا انما محله فيما اذا كانت العين المبيعة معينة (المادة ٢٦٨ / ٣٣٨ مدنى) . وأما اذا كانت غير معينة بأن كانت من المقدرات بالوزن والكيل والمقاس ، فلا تنتقل الملكية الا بعد التعيين بالوزن والكيل والمقاس ، أى ان الهلاك قبل التعيين على البائع (المادة ٢٤١ / ٣٠٧ مدنى)

اذا تبين ذلك أمكننا القول بأن الشارع المصرى نهج منهج الشارع الفرنسى فى الهلاك . اذ لا تخرج المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى عما تقرره المواد ٤٥ و ٩١ و ١١٨ مدنى بوجه عام ، وعما تقرره المادتان ٢٦٧ و ٢٦٨ مدنى بوجه خاص . واذا كان القانون المصرى قد اتفق هنا مع القانون الفرنسى فى الاخذ بقاعدة « الهلاك على المالك » فانه

يجوز حينئذ الأخذ بهذا التعليل الثالث الذى أشرنا اليه فى عرض هذه النظرية الفرنسية وهو التعليل الخاص بأن الهلاك أثر من آثار التعاقد فى الأوقات الحاضرة . وليس هو التعليل الذى قيل به الرومان من حيث شطر عملية البيع الى شطرين، التزام يلتزم به البائع، ثم التزام يلتزم به المشترى . كذلك لم نأخذ بالتعليل الاقتصادى الذى قال به بعض المفسرين فى قولهم بأن «الهلاك على المشترى» لانه هو الذى يستفيد وحده من زيادة قيمة الشىء المبيع دون البائع، أى قاعدة الغرم بالغنم .

وبناء على هذا الشبه فى النصوص المصرية والفرنسية والرجوع فيها الى المسوغ القانونى الواحد وهو أن الهلاك أثر من آثار التعاقد فى الأوقات الحاضرة، أمكننا حينئذ أن نرتب على ذلك جميع النتائج الأخرى التى قررناها فى نظرية الهلاك الفرنسية .

١ — نقل الملكية الى المشترى عند انعقاد العقد أمر لا يتعلق بالنظام العام . وعلى ذلك يجوز الاتفاق على جعل الهلاك على عاتق البائع نفسه . يؤيد ذلك بالمادة ٩٤ / ٩٩ تجارى و ١٠٠ فرنسى .

٢ — هلاك المقدرات على البائع قبل تعيينها تعييناً نافياً للجهالة بالوزن والكيل والمقاس (المادة ٢٤١ / ٣٠٧ مدنى و ١٥٨٥ فرنسى)

٣ — لا يؤخذ بالمواد ٤٥ و ٩١ و ١١٨ مدنى الا فى حالة العقود الخاصة بنقل الحقوق العينية كالبيع والهبة

٤ — وان كانت المواد ٤٠ و ٩١ و ١١٨ مدنى خاصة بالعقود التبادلية الناقلة للحقوق العينية الا أنه يجب أن يلاحظ فى العقود التبادلية على وجه عام أن كل التزام يعتبر سبباً للآخر . فاذا زال أحد الالتزامين زال معه الآخر، فهما يدوران معاً وجوداً وعدماً . وعلى ذلك اذا هلك الشىء المؤجر فى عقد ايجار (وهو تبادلى) وكان الهلاك كلياً انفسخ العقد بحكم القانون ومن تلقاء نفسه (المادة ٣٧١ / ٤٥٦ مدنى و ١٧٢٢ فرنسى) وأما اذا كان الهلاك جزئياً وجب الالتجاء الى القضاء

والسبب فى تقرير هذه القاعدة هو ما لاحظناه عند تحليل المادة ١٧٢٢ الفرنسية

وهو أن المؤجر أصبح مديناً بتمكين المستأجر من الانتفاع وأصبح المستأجر ملزماً بأداء الايجار . فاذا استحال على المدين بالانتفاع الوفاء بالانتفاع فانه يستحيل أيضاً على المدين بالايجار الوفاء به . وعلى ذلك اذا هلك الشيء فلا يجوز للمؤجر مطالبة المستأجر بالايجار ، أى أن المؤجر يتحمل وحده الهلاك . واذا فرض واستلم المؤجر الايجار مقدماً وجب عليه رده لوجوده تحت يده بلا سبب أى بلا مقابل

٥ — هذه القاعدة التى قررناها فى الايجار تعتبر قاعدة عامة يؤخذ بها فى كل عقد تبادلى . وعلى ذلك يمكننا القول هنا بأن الهلاك على المدين سواء كان الهلاك كلياً أم جزئياً . والفرق بين الكلى والجزئى أنه فى الكلى يفسخ العقد التبادلى مهما كان نوعه ايجاراً كان أو غير ايجار ، بقوة القانون دون الحاجة الى القضاء . وفى التلف البعضى أو الجزئى يجب الرجوع الى القضاء

٥ . — فى الالتزام المعلق على شرط توقيفى أو فاسخ يجب الاخذ فى القانون المصرى بما تقرر فى القانون الفرنسى للشبه الموجود بين النصوص المصرية والنصوص الفرنسية . أى فى حالة الشرط التوقيفى يعتبر الهلاك على البائع قبل تحقق الشرط ، ولو ان ذلك مخالف لنظرية رجعية أثر الشرط[1]

وفى حالة الشرط الفاسخ يكون الهلاك على الدائن وهو المشترى . وذلك يرجع الى ان الشرط الفاسخ لم يخرج عن كونه فى الحقيقة شرطاً توقيفياً معكوساً كما رأينا ذلك فى شرح النظرية الفرنسية ، أى ان العقد انعقد أولا ثم توقف انحلاله وفسخه على شرط فسخه فيما بعد . وهذا على عكس ما قرره قضاء هولاندا

هذا هو حكم القاعدة الاولى فى القانون المصرى فى ان الهلاك على المالك فى العقود التبادلية الناقلة للحقوق العينية المعينة وان الهلاك على المدين فى العقود التبادلية الاخرى غير الناقلة بنقل الحقوق العينية . وقد اعتبرنا ان المادة ٣٧١ مدنى تقرر حكما عاما كما لاحظنا ذلك فى المادة ١٧٢٢ فرنسى المقابلة لها .

---

(١) المادة ١٠٥/١٠٩ مدنى بوجه عام والمادة ٢٦٩ / ٣٣٩ مدنى بوجه خاص فى البيع ، ١١٨٢ وفرنسى

ونتنقل الان الى القاعدة الثانية التي قررها القانون المصرى

٢١٦ - القاعدة الثانية : فى حالة البيع ، الهلاك على البائع قبل التسليم - رأينا ان القانون الفرنسى يقرر فى المادة ١١٣٨ ان الهلاك على من انتقلت الملكية اليه . وقد تأيدت هذه القاعدة بالمادة ١٥٨٥ التى وردت بالبيع وأحالت فى الهلاك على المادة ١١٣٨ وعلى ذلك يعتبر الهلاك فى القانون الفرنسى على المشترى دون البائع . هذا من جهة

ومن جهة أخرى رأينا فى أحكام الشريعة الاسلامية نقيض ذلك إذ رأينا ان الهلاك على البائع قبل القبض . ثم لاحظنا ان علماء القرن التاسع عشر والثامن عشر انتقدوا القاعدة الرومانية التى قالت بالهلاك على المشترى (وهى القاعدة التى أخذ بها الشارع الفرنسى) وافتوا من باب العدالة الاخذ بالقاعدة العكسية وهى جعل الهلاك على البائع طالما انه لم يزل مالكا للمبيع ثم رأينا ان بعض الشرائع الاجنبية كما فى النمسا وانجلترا والمانيا قد تأثر بما قرره بوفندورف وقررت هذه الشرائع الاجنبية جعل الهلاك على البائع مشايعة لروح العدالة ، تلك الروح التى قال بها من قبل علماء الشريعة الاسلامية كما قرره صاحب كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع (ج٥ ص٢٣٨)

اذا علمنا ذلك ورأينا ان الشريعة الاسلامية خالفت القانون الفرنسى الموضوع سنة ١٨٠٤ وقررت الهلاك على البائع من زمن بعيد جداً قبل ان تقرره النمسا وانكلترا ، والمانيا بقانونها الحديث سنة ١٩٠٠ او بقانونها القديم ، ثم علمنا أن الشريعة الاسلامية كانت شريعة مصر قبل سن القوانين الموضوعة سنة ١٨٧٥ و ١٨٨٣ . اذا علمنا ذلك كله أمكننا القول بان الشارع المصرى كان يستحيل عليه مشايعة القانون الفرنسى عند ما سن قوانينه سنة ١٨٧٥ و ١٨٨٣ كما ذكرنا . وفعلا قد رأينا الشارع المصرى يقرر بالمادتين ٢٩٧ / ٣٧١ مدنى و ٢٩٨ / ٣٧٢ مدنى ما يجعل الهلاك على البائع قبل القبض ، سواء كان الهلاك كليا أم جزئيا ماعدا الاحوال التى يحصل فيها تنبيه بالاستلام من جهة البائع ولا يحضر المشترى للاستلام فيتحمل الهلاك . اى ان الشارع المصرى لم يأخذ فى حالة البيع بقاعدة الهلاك على

المالك [١] ولم يأخذ بالقاعدة الرومانية وهى هى بنفسها القاعدة الفرنسية مع الاختلاف المعروف فى المسوغ القانونى

٢١٧ - لا تعارض فى نظرية الهلاك بالقانون المصرى : مما مر نرى أن الشارع المصرى قرر الاخذ أولا و بطريقة عامة بقاعدة الهلاك على المالك ثم عدل عن هذه القاعدة وقرر الاخذ بقاعدة الهلاك على الدائن فى حالة البيع فقط . وعلى ذلك أخذ الشارع المصرى بالنظرية الفرنسية الرومانية فى جعل الهلاك على المالك فى جميع الاحوال الخاصة بنقل الحقوق العينية . ثم استثنى من ذلك حالة البيع فقرر لها قاعدة مناقضة للقاعدة السابقة ومطابقة لحكم فقهاء الشريعة الاسلامية ومطابقة للقانون الالمانى القديم الذى كان معروفاً قبل سنة ١٩٠٠ [٢] أى أن الاصل الهلاك على المالك إلا فى حالة البيع فقط فالهلاك فيه على البائع قبل القبض . وتطبيقاً للقاعدة العامة يعتبر الهلاك على عاتق المالك للوديعة والرهن والعارية وهذا حكم لا تمكن مخالفته ولذا تعتبر القاعدة القائلة بأن الهلاك على المالك قاعدة عامة بديهية وأما قاعدة الهلاك على البائع فقد أملتها العدالة . وعلل ذلك فقهاء الشريعة الاسلامية بقولهم بأن البائع لا يستطيع فى هذه الحالة مطالبة المشترى بالثمن لانه لو فعل ذلك لطالبه المشترى أيضاً بتسليمه المبيع [٣]

واذا كان الشارع المصرى قد أخذ بنظرية الهلاك على المالك بوجه عام وفى جميع الاحوال فى العقود التبادلية المتعلقة بنقل الحقوق العينية فقط ، ثم أخذ بنظرية الهلاك على البائع قبل القبض فى حالة البيع فقط استطعنا أن نقول بأن الاصل فى القانون المصرى الاخذ بنظرية الهلاك على المالك أو على المدين، طبقاً للقانون الفرنسى وان الاستثناء الآخذ بالهلاك على البائع انما هو فى حالة البيع فقط . وعلى ذلك لا نعتبر أن هناك تناقضاً فى التشريع المصرى فيما يتعلق بالهلاك كما يؤيدنا فى ذلك فتحي باشا زغلول [٤] ويخالفنا فيه حلمى باشا عيسى [٥]

---

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٨٩ ن ١٢ (٢) بلانيول ج ٢ ص ٤٤٦ ن ١٣٤٩
(٣) شرح البيع ص ٣٨٤ ن ١١٩٠ فقرة ٣ (٤) شرح القانون المدنى ص ٢١٧
(٥) شرح البيع ص ٣٨٧ ن ١١٩٤

ب ـ التشريع المصرى بعد قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩

٢١٨ — رأينا أن القانون قرر انتقال الحقوق العينية عقارية كانت أو منقولة بمجرد حصول التعاقد (المواد ٤٥ و٩١ و١١٨ و٢١٦ و٢٦٦ و٢٦٧) ولكن جاء قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ أهلى و ١٩ مختلط وعلق نقل الملكية العينية العقارية بين العاقدين على تسجيل العقد . فبعد أن كان التسجيل أداة اشهار فقط للغير أصبح فوق ذلك شرطاً لازماً فى نقل الملكية بالنسبة المتعاقدين. وبدونه لا تنتقل الملكية بل يستحيل العقد الى التزام شخصى كما نصت بذلك المادة الاولى منه

ولكن اذا كانت الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل فهل يبقى الهلاك على المالك الاصلى ؟ أى فى حالة البيع اذا هلك العقار فى يد المشترى قبل التسجيل فهل يكون الهلاك على البائع ؟ الذى نقول به إنه ولو أن الملكية لم تنتقل الى المشترى بسبب عدم تسجيل عقد البيع ، إلا أن البائع قد برئت ذمته من الالتزامات الناشئة عن البيع والتى كان ملتزماً بها . فاذا لم يحصل تسجيل بمعرفة المشتري وكان هو السبب فى ذلك تحمل هو نتيجة عمله سواء أكان مخطئاً أم غير مخطىء فيما اذا اعتوره حادث جبرى أو قهرى . اذ الهلاك عليه فى هذه الاحوال جميعها . أما اذا كان عدم التسجيل ناشئاً عن خطأ البائع وعدم سعيه فى تمكين المشترى من التسجيل كان الهلاك على البائع . أى أن لنظرية الخطأ هنا أثراً ظاهراً فى الهلاك اذ يكون الهلاك على من أخطأ ولا يكون على من برئت ذمته من التزاماته . ولا يصح القول هنا بجعل الهلاك على المالك [1] أى على البائع قبل التسجيل فيما اذ برئت ذمة البائع من التزاماته لان هذه القاعدة لا تسرى فى حالة البيع طالما لم يحصل تسليم . وأما اذا حصل فالهلاك على المشترى تسجل العقد أو لم يتسجل ما دام أنه ليس للبائع دخل فى عدم التسجيل (وسنشرح ذلك بالتفصيل فى كتابنا فى التأمينات)

٢١٩ . ـ ملاحظة هامة : إن الاساس فى نظرية الهلاك هو اعتبار أن التلف

(1) res perit domino

ناشىء عن حادث قهرى أو جبرى . وهذا هو موضع أهمية النظرية سواء كان الهلاك فى التشريع الفرنسى أو الاجنبى المصرى . وأما اذا كان التلف ناشئا عن خطأ أو تقصير الملتزم فلا محل مطلقا للاخذ بنظرية الهلاك بل يجب الاستعانة بنظرية أخرى وهى نظرية فسخ العقد وهذا ما سنوجز القول فيه حالا .

والآن وقد انتهينا من الاثر الثانى للعقود التبادلية وهو نظرية الهلاك فلننتقل الى الاثر الثالث لها وهو دعوى الفسخ وبذلك نكون قد أتممنا الكلام على الآثار الثلاثة وهى الدفع بعدم الوفاء والهلاك ودعوى الفسخ .

٣) الاثر الثالث للعقود التبادلية

الفسخ

١ ـ كلمة عامة

٢٢٠ — وردت قواعد الفسخ فى المواد ١٧٧ ـ ١٧٩ / ٢٤٠ ـ ٢٤٢ من القانون المدنى تحت عنوان « فى فسخ عقود التعهدات » (وهو تعبير غير مقبول) . واختلفت بعض المواد المختلطة فيه عن المواد الاهلية كالمادة ٢٤٢ مدنى مختلط . ثم ورد بالقانون المدنى المختلط مواد أخرى تتعلق بآثار الفسخ بالنسبة للغير ، ولم يكن لها مثيل بالقانون المدنى الاهلى كالمواد ١٩٧ و ٣٤٠ و ٤١٨ و ٤٧٨ فقرة ٢ . ووردت بعض المواد بالقانون المختلط . وورد مثلها بالقانون الاهلى ولكنها وردت فى هذا مخالفة للقانون المختلط كالمواد ٣٣٢ / ٤١٣ و ٢٨ / ٤٧ و ٢٧ / ٤٦ و ١٧٩ / ٢٤٢ وجاء بعض المواد الخاصة بآثار الفسخ أيضاً متشابها فى القانونين الاهلى والمختلط كالمواد ٢٦٩ / ٣٣٩ و ٦٣٠ / ٧٤٧ .

٢٢١ ـ وقد خالف القانون المصرى فى تقرير دعوى الفسخ وآثارها القانونية وقيودها الشارع الفرنسى ولم يقف الاختلاف عند الآثار والقيود بل وقع الاختلاف أيضاً فى المدة المسقطة لدعوى الفسخ فقد قرر لها الشارع الفرنسى عشر سنوات (المادة ١٣٠٤) بدلا من المدة المسقطة العادية وهى ٣٠ سنة (المادة ٢١٦٢ مدنى فرنسى) ولم يحذ الشارع المصرى حذوه بل ترك تقدير المدة خاضعاً للقواعد العامة الخاصة

بالمدة المسقطة وهى ١٥ سنة (المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى) .

هذا ولما كانت دعوى الفسخ ملتصقة على الاكثر بالعقود التبادلية رأى الشارع الفرنسى ان يقرر لها المادة ١١٨٤ القائلة بان شرط الفسخ فى العقود التبادلية شرط لازم ومفروض فيها عند عدم قيام احد العاقدين بما التزم به . ولم يرد لهذه المادة مثيل فى القانون المصرى مختلطا كان أو أهليا .وقد أثارت المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى نقد الناقدين من الوجهة العلمية لما اصابها من اضطراب العبارة وضعف التركيب ولذا رجع فى معرفة حقيقتها الى تاريخ التشريع عند الرومان وقبل تاريخ سنة ١٨٠٤ اى قبل سنة وضع قانون نبوليون .

٢٢٢ — امام هذا الاختلاف البين بالقانون المصرى فى شطريه الاهلى والمختلط وامام سكوت الشارع المصرى عن نقل المادة ١١٨٤ ، الخاصة بشرط الفسخ الضمنى ، وعن المادة ١٣٠٤ ، الخاصة بسقوط دعوى الفسخ بمدة عشر سنوات ، وامام اهمية نظرية فسخ العقود فى المجالات الحيوية ، امام كل هذا لا نرى بدأ من الالمام بهذه النظرية عند الفرنسيين الذين أخذنا عنهم تشريعنا المصرى ، وبذا نستطيع الوقوف على حقيقة المواد المصرية ومبلغ مداها من الآثار القانونية ، وما يمكننا اخذه عن الفرنسيين وما لا يمكننا اخذه ، مع الرجوع الى آراء المحاكم ومذاهب الشارحين وما قررته الشرائع الحاضرة كالقانون الالمانى الصادر سنة ١٩٠٠ .

ونبدأ القول أولا بالقانون الفرنسى ثم ننتهى الى القانون المصرى

٢ — مشروعية الفسخ

٢٢٣ — مشروعية الفسخ : مشروعية فسخ العقد ترجع للعدالة: فاذا لم يوف أحد العاقدين فى العقد التبادلى بما التزم به جاز للآخر طلب فسخ العقد وتسمى الدعوى دعوى الفسخ [1] وكيف يمكن ان يبقى العقد قائماً و يلزم العاقد الآخر بما التزم به فى الوقت الذى لم يقم العاقد الاول بالوفاء من جانبه ؟ فمن الوجهة القانونية الفسخ جائز ما دام أن أحد العاقدين لم يقم بما التزم به . ومن وجهة العدالة الفسخ

(١) action en résolution

جائز أيضاً لانه لا يكره العاقد على البقاء مرتبطاً برباط قانونى مع العاقد الآخر ما دام هذا الآخر لم يوف بما التزم به [(١)]

فاذا سكت الشارع الفرنسى عن وضع مادة تقرر الفسخ عند عدم قيام أحد العاقدين فى العقود التبادلية ، فان أمر الفسخ مفهوم بطبيعته ، اما بالرجوع الى الاصول القانونية واما الى العدالة البحتة كما رأينا .

ومع ذلك فان الشارع الفرنسى لم يشأ ان يترك أمر الفسخ بلا نص فقرر وضع المادة ١١٨٤ بنصها الآتى : « ان الشرط الفاسخ [(٢)] مندمج دائماً وأبدا فى العقود التبادلية ، وذلك فى حالة ما اذا لم يقم أحد العاقدين بالوفاء بما تعهد به — وفى هذه الحالة لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه . اذ للعاقد الذى لم يوف اليه بما التزم به العاقد الآخر حق الخيار له : اما طلب الزام هذا العاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به بالذات اذا كان التنفيذ مستطاعا ، واما طلب الفسخ مع تعويض — ويجب أن يطلب الفسخ الى القضاء . ويجوز اعطاء مهلة للمدعى عليه تبعاً للظروف »

٢٢٤ — والذى يفهم من هذه المادة ان شرط الفسخ فى العقود التبادلية مندمج فى هذه العقود . انما مع اندماجه هذا لابد فى طلبه من ضرورة الالتجاء الى القضاء . ولا شك فى ان تقرير شرط الفسخ الضمنى باعتباره مندمجاً فى العقد التبادلى ، ثم ضرورة طلب الحكم به الى القضاء ، فيه تناقض ظاهر . اذ لا معنى من طلبه الى القضاء فى الوقت الذى تنطق به طبيعة العقد التبادلى . ولاجل الوقوف على أصل التناقض الظاهرى هذا يجب الرجوع الى تاريخ الفسخ ابتداء بالرومان

١ — الفسخ عند الرومان

٢٢٥ — ما كان الرومان ليعرفوا الفسخ عند عدم الوفاء . لانه اذا لم يوف العاقد بما التزم به جاز للعاقد الآخر فى الاصل مطالبة زميله بالوفاء بأن يستعين فى ذلك بجميع الاوجه القانونية . لذا كان حق العاقد الذى يبدأ بالوفاء من جانبه أولا معرضاً للضياع . ولكن تقررت مع ذلك لهذه القاعدة استثناءات :

---

(١) د ، ٦٦ ، ١ ، ٢٧٠ — س ، ٦٦ ، ١ ، ٢١ (٢) condition résolutoire

١) فى حالة البيع الفورى [1] كانت ملكية المبيع لا تنتقل الى المشترى إلا عند دفع الثمن . ولذا كان للبائع حق طلب استرداد المبيع فيما اذا سلم المبيع دون أن يقبض الثمن . وعلى ذلك لا يتعرض حقه لخطر الضياع ، الا اذا أعطى للمشترى مهلة ، أى فى حالة البيع المؤجل [2]

٢) اذا كان العقد تبادلياً ، أى اذا كان هناك التزامان ، وسكت العقد عمن يبدأ بالوفاء أولا جاز لمن رفعت عليه الدعوى بالمطالبة بالوفاء أن يدفعها فى وجه خصمه بالتمسك بدفع الغش [3] طالما أن رافعها لم يقم هو بالوفاء من جانبه ، لأن من وسائل الغش المطالبة بما التزم به العاقد دون أن يقوم المطالب أولا بالوفاء بما التزم به هو

٣) اذا كان العقد غير المسمى [4] خاصا بنقل ملكية فى مقابل نقل ملكية [5] أو خاصا بنقل ملكية فى مقابل القيام بعمل [6] وحصل الوفاء من جانب أحد العاقدين دون الجانب الآخر جاز لمن حصل الوفاء من جهته باعتباره دائنا فى هذه الحالة ، أن يرفع الدعوى قبل من لم يوف بالتزامه ويطالبه برد ماأخذه بلا سبب [7]

٤) اعتاد الرومان فى عقد البيع المؤجل أن يضعوا به الشرط المسمى شرط الفسخ [8] وهو الشرط القائل بفسخ العقد وفسخ نقل الملكية المترتب على العقد ، بحكم العقد نفسه اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المعين . وعلى ذلك اذا لم يدفع الثمن يحل الشرط وتعود الملكية الى البائع ويجوز لهذا الأخير استرداد المبيع حتى لو كان المشترى قد تصرف فيه الى الغير . وهذا على عكس الحالة المتقدمة التى يكتفى فيها البائع بالمطالبة برد الشيء ، [9] اذ ليس له الا مجرد حق شخصى فقط قبل المشترى. وتقرر ذلك فى العصر العلمى ، وفيه مافيه من الخطورة المحدقة بالبائع لأن المشترى يسارع فى تلك الحالة الى التصرف للغير حتى لا يلزم برد المبيع بالذات الى البائع .

---

(١) au comptant (٢) à crédit (٣) exception de dol (٤) contrat innommé
(٥) do ut des (٦) do ut facias (٧) condictio causa data non secuta
(٨) lex commissoria أى condition résolutoire (٩) condictio

الفسخ فى فرنسا قبل سنه ١٨٠٤

٢٢٦ — لم يبق من هـذه الوسائل الأربعه المتقدمة عند الفرنسيين الا وسيلتان فقط :

١) **الدفع بعدم الوفاء** (١) وقد بينا ذلك فى مكانه فلا محل للعود اليه

٢) **الشرط الفاسخ** (٢) : وكان شرطاً شائعاً معروفاً حتى انتهى الامر باعتباره مقدراً عن عدم النص عليه فى البيع ، ثم فى العقود التبادلية على اختلاف أنواعها . وهذا ما جعل الشارع الفرنسى يقول فى المادة ١١٨٤ المذكورة بافتراض وجود هذا الشرط الضمنى بالعقود التبادلية . ولكنه جعل وجوده معلقاً على شرط المطالبة به أمام القضاء .

الشرط الفاسخ بقانون نابليون

٢٢٧ ـ وقررت هـذا الشرط المادة ١١٨٤ وعلقت وجوده كما ذكرنا على المطالبة به أمام القضاء

أما حكمة تعليق وجوده على المطالبة به أمام القضاء فترجع لسببين

أولا : لانه اذا قيل بحصول الفسخ من تلقاء نفسه (٣) لمجرد عدم قيام أحد العاقدين بما التزم به ترتب على ذلك ان يعبث العاقد الذى لا يريد الوفاء ، بهـذا العقد ، اذ يكفيه الامتناع عن الوفاء حتى يفسخ العقد من تلقاء نفسه . واذا حصل ذلك أصاب العاقد الآخر ضرر ظاهر ، لانه ربما يكون من مصلحته المطالبة بالوفاء بالالتزام الاصلى ، وان فسخ العقد على هـذه الصورة ضارٌّ به لذا يكون من مصلحته تقرير حق الاختيار له بين طلب الفسخ أو طلب الوفاء بالالتزام الاصلى

ولـكن اذا قلنا بتقرير حق الاختيار هذا للدائن ، ما كانت هناك حاجة الى الالتجاء للقضاء فى طلب الفسخ ، اذ يكفى الأخذ بالفسخ بمجرد ان يظهر الدائن

---

(١) exception non adimpleti contractus

(٢) lex commissoria

(٣) automatiquement

رغبته فى التمسك به دون الحاجة الى الرجوع للقضاء . وهذا ما قرره القانون الالمانى بالمادة ٣٢٦ .

ثانياً — ولكن يظهر ان حق الاختيار هذا فى طلب الفسخ أو فى طلب الوفاء بالالتزام الاصلى لم يكن وجيهاً كثيراً فى تبرير ضرورة الالتجاء للقضاء فى طلب الفسخ. ولذا علل الشارحون المادة ١١٣٨ بتعليل آخر . ذلك لانه حتى اذا قيل بوجاهة التعليل القائل بحق الاختيار للدائن فى ان يختار الفسخ أو المطالبة بالوفاء ، فان هذا التعليل ذو مضار ظاهرة . لانه يحصل أن يكون من مصلحة المدين حسن النية وسيئ الحظ ان لا يطالبه دائنه بالفسخ ، بل من مصلحته ان يطلب الى القضاء اعطاءه مهلة يتمكن فيها من الوفاء بالتزامه الاصلى . لذا قررت المادة ١١٨٤ جواز اعطاء هذه المهلة

ومن ذلك يتبين أن فى طرح أمر الفسخ أمام القضاء مصلحة ظاهرة لطرفى العقد، الدائن والمدين . لانه اذا قيل بفسخ العقد لمجرد عدم الوفاء من العاقدين ، كان فى ذلك ضرر ظاهر بالعاقدين إذ يحتمل أن يكون من مصلحة المدعى أن لا يفسخ العقد وانه يريد الوفاء بالذات . وكذلك ربما يحتاج المدعى عليه لمهلة حتى يتمكن من الوفاء فالحكمة ظاهرة من ضرورة الالتجاء للقضاء

والقضاء حر فيما يقرره من الفسخ أو من تقرير مهلة أو الاكتفاء بتعويض فيما اذا كان الوفاء جزئيا . أى لا يلزم القضاء بالفسخ فى حالة الوفاء الجزئى . ولم يرد بالقانون الفرنسى نص بذلك فى باب الالتزامات انما ورد به نص فى حالة البيع (المادة ١٦٣٦ مدنى فرنسى) ونص فى حالة الايجار [1] وجرى القضاء الفرنسى على اعتبار هذا النص فى البيع والايجار عاما جرياً وراء ما كان يقرره القضاء الفرنسى القديم . ولم يأخذ به القضاء فى حالة الوفاء الجزئى فقط بل فى حالة عدم الوفاء بشرط من الشروط التبعية للعقد [2]

فى آثار الفسخ بالنسبة للغير

٢٢٨ — ما دام الفسخ قضائى أى يحكم به القضاء بناء على دعوى ترفع لديه

(١) المادة ١٧٢٢ فى حالة الهلاك الجزئى ، والمادة ١٧٢٩ فى حالة استعمال المستأجر للشيء المؤجر فى غير ما أجر له (٢) clause accessoire د ، ٩٠٧ ، ١ ، ٢٤٩ . — س ، ٩٠٨ ، ١ ، ١٩٣ ومقال فاهل Wahl . — د ، ٩١١ ، ١ ، ٥٥ . — س ، ٩١٠ ، ١ ، ٧١

فمن المنطق ان لا تتعدى آثار الفسخ دائرة العاقدين . فاذ سبق للمشترى مثلا ان تصرف فيما اشتراه فلا يؤثر الفسخ على المشترى الثانى . ولكن القضاء الفرنسى أخذ بنقيض هذه القاعدة . وحجته فى ذلك ان شرط الفسخ الضمنى هو كشرط الفسخ الصريح بالعقد من حيث الآثار القانونية فى كل [1] وبناء على هذا الرأى القضائى الفرنسى لا يأمن المشترى الثانى مغبة شرط الفسخ الضمنى المندمج فى العقد والذى لا يعلم به مطلقا ، ويصبح معرضاً لخطر آثاره فيما تقرر له من الحقوق العينية على المبيع

٣ — الفسخ فى القانون المصري

١ — فى مشروعيته ومصادره القانونية

٢٢٩ — رأينا فى مشروعية الفسخ عند الفرنسيين ان الاصل فيه يرجع الى العدالة لانه لا يجوز عدلا ان يظل أحد العاقدين مرتبطا بالتزامه فى الوقت الذى فيه لا يوفى العاقد الاخر بالتزامه . ويظهر ان لهذا السبب وهو العدالة لم يشأ الشارع المصرى نقل هذه المادة ١١٨٤ الفرنسية اكتفاء بالرجوع الى العدالة فى تقريرها ولذا يجب الأخذ بها رغم عدم وجود نص يماثلها فى القوانين المصرية . وقد جرى القضاء المصرى على الاخذ بشرط الفسخ الضمنى [2] ويستند فى تقريره الى ان هذا الشرط مستفاد دائماً وأبدا من العقود التبادلية لانه مندمج بها ، وان السبب فى اندماجه بها هو لأن كلا من العاقدين فى العقد التبادلى انما يلتزم ، نظراً لما يعود عليه من المنفعة ، فى الوفاء للعاقد الآخر ، بما التزم به ، وانه اذا لم يستطع أحد العاقدين أو لم يرد الوفاء بالتزامه جاز للآخر حق طلب الفسخ ، أو هو يرمى بالفسخ إما الى اعفائه من القيام بالوفاء بما التزم به هو ، واما الى طلب رد ما وفى به الى العاقد الآخر فيما اذا كان قد قام بالوفاء من جانبه أولا [3]

---

(١) د ، ٨٢، ١، ٣٦٠ . — س ، ٨٢، ١، ١١٠ (٢) استئناف م ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ث ق ٢٦ ، ٤٠٣ (٣) راجع أسباب الحكم المتقدم ٣١ مايو سنة ٩١٤م ت ق ٢٦ ص ٤٠٥

فاذا لم يوف أحد العاقدين بالتزامه بعضاً أو كلا جاز للآخر طلب الفسخ الى القضاء . وفى هذه الحالة يجوز للقضاء الحكم بالفسخ والتعويض كله ، أو الحكم ببقاء العقد والتعويض الجزئى نظير القيام بالوفاء الجزئى

والمصادر القانونية المصرية للقواعد المقررة فى المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى هى المواد ١١٧/١٧٣ و١٧٤/٢٣٧ مدنى و١١٨/ ١٧٥ مدنى و١١٩/ ١٧٧ مدنى فيما يتعلق بالفسخ ، والمواد ١٦٨/ ١٣١ مدنى و٣٣٣/ ٤١٤ مدنى فيما يتعلق بالمهلة القضائية

٢٣٠ ـ فى الفسخ : أجازت المادة ١٧٧ الفسخ عند الوفاء الجزئى والمفهوم أنه من باب أولى أنها تجيز الفسخ اذا لم يحصل الوفاء بالمرة . وأجازت المادة ١١٨ حق المطالبة بتنفيذ الالتزام الاصلى . ثم أجازت المادة ١١٩ حق المطالبة بتعويض نظير عدم الوفاء بالمرة ، أو نظير الوفاء الجزئى فاذا قربنا هذه المواد بعضها لبعض استفدنا منها ان الفسخ جائز اذا كان عدم الوفاء جزئياً أو كليا . وان حق المطالبة بالوفاء بالالتزام الاصلى جائز أيضا . أى أن القانون المصرى يقرر نفس ما قررته المادة ١١٨٤ الفرنسية ولذا لم يأت بمادة منفردة تشبه المادة الفرنسية [١]

وننتهى من ذلك كله الى القول بأن الفسخ لا بد وأن يطلب الى القضاء [٢] . ويجوز الحكم به اذا كان عدم الوفاء كلياً ، مع الحكم بتعويض . ويجوز الحكم به أيضاً فى حالة الوفاء الجزئى مع الحكم بتعويض

٢٣١ ــ اذا علم ذلك فهل يجوز للقضاء عدم الحكم بالفسخ وجواز اعطاء مهلة للمدعى عليه فى حالة عدم الوفاء الكلى والبعضى أخذاً بالمادة ١١٨٤ فرنسية ؟

---

(١) أما المادة ١٧٢٩ مدنى التى قررت جواز فسخ عقد الايجار فيما اذا استغل المستأجر الشيء المؤجر اليه بطريقة تخالف العقد ، فانها لم تنقل الى التشريع المصرى برمتها بل كل ما قررته المادة ٣٧٧ ٤٦٦ مدنى هو الحظر على المستأجر فى استغلال الشيء الموجر بما يخالف عقد الايجار ، ولم تقرر للمخالفة جزاء وهو الفسخ . ولكن لا يفهم من عدم تقرير الفسخ فى هذه الحالة عدم جواز الحكم به عند الضرورة ، بل الذى يفهم من عدم النص عليه انما هو ترك ذلك للظروف المختلفة التى تتكيف بها أنواع النزاع بين الافراد

(٢) وقد حكم بانه اذا لم يدفع المشترى اجرة المياه فلا يجوز لشركة المياه أن تقطع المياه عن المشترك وتنتزع من نفسها ولنفسها حكما بل يجب عليها ان ترفع امرها للقاضى وتطلب اليه الجزاء على عدم دفع قيمة الاشتراك : ٤ يناير سنة ٩١٧ ، ٢٩ ، ١٧٧

نعم يجوز للقضاء المصرى ذلك وحجتنا المواد ١٦٨ / ٢٣١ مدنى التى أباحت اعطاء مهلة فى الالتزامات والمادة ٣٣٣ / ٤١٤ مدنى التى أجازت للقضاء اعطاء مهلة للمشترى فى دفع الثمن ، الا اذا كان الفسخ مشروطاً بعقد البيع لمجرد عدم دفع الثمن فى الميعاد باعتبار أن الفسخ يحصل من تلقاء نفسه على شرط انذار المشترى أو عدم انذاره اذا اشترط عدم الانذار بالعقد (المادة ٣٢٤ / ٤١٦ مدنى) أى أننا نعتبر حكم المادة ٣٣٣ / ٤١٤ مدنى حكما عاماً لا خاصاً بالبيع فقط [١]

أما اذا لم يكن الفسخ مشروطا فى العقد فان القاضى يملك حق تقدير ظروف الفسخ وله أن يحكم به كما له الاكتفاء بالتعويض تبعا للظرف

فى آثار الفسخ بالنسبه للغير

٢٣٢ — رأينا القضاء الفرنسى يقول بسريان مفعول الفسخ على الغير. فهل اتبع الشارع المصرى هذه القاعدة أو خالفها ؟ قرر الشارع المصرى المختلط عدم سريان الفسخ على الغير فيما اذا كان الغير دائناً مرتهنا بحسن نية ومسجلا رهنه . فقد قررت المادة ١٩٧ مختلط أن : « بطلان المشارطة المشتملة على نقل ملكية العقار لا يضر بحقوق الدائنين برهونات مسجلة اذا كانوا قد ارتهنوا مع اعتقادهم صحة الرهن . » ولا يوجد مثيل لهذه المادة فى القانون المصرى الاهلى . وعلى ذلك يتقرر بمصر قاعدتان متعارضتان فيما يتعلق بالغير . اذ بينما يجرى التشريع المصرى الاهلى على ماجرى عليه القضاء الفرنسى كما رأينا فى أن أثر الفسخ يتعدى العاقدين الى الغير ، وهم الذين ترتب لهم حق عينى على المبيع ، اذ يجرى التشريع المصرى المختلط على نقيض ذلك. [٢] أى أن الفسخ لا يكون حجة على هذا الغير . ويظهر أن حكمة هذا الشذوذ والاختلاف بين التشريعين فى بلد واحد هى كما يقول دى هلس [٣] انه لما أرهقت المزارعين أنواع عدة من الارهاق حتى أعوزهم المال وطلبوه فلم يجدوه ، رأى الشارع المختلط سنة ١٨٧٥ ضرورة حماية الدائنين الاجانب الذين كانوا يمدون

(١) استئناف م ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ت ق ٣ ص ١٦٥ (٢) دى هلس ج ١ ص ١١٥ ن ٣٣ (٣) ج ١ ص ١١١ ن ٢٦

هؤلاء المزارعين بالاموال اللازمة لاستغلال أراضيهم وترويج المعاملات العقارية وغيرها بين الناس

واذا اختلف التشريعان الاهلى والمختلط فيما يتعلق بالدائنين المرتهنين رهناً تأمينياً فانهما يتفقان فيما يتعلق بالمشترى . أى أن المشترى حتى لو كان حسن النية يجب أن يخضع لمفعول الفسخ ، أى أن الفسخ حجة على المشترى الاجنبى والاهلى، لأن المستثنى فقط هو الدائن الاجنبى المرتهن والمسجل بحسن نية . ويجب أن يلحق بالدائن المرتهن الدائن صاحب حق الاختصاص على بعض أملاك مدينه لان هذا الدائن لايختلف عن الدائن المرتهن باعتبار أن الاختصاص هو رهن تأمينى (١)

وعلى الخلاف القائم بين التشريع الاهلى والمختلط تترتب نتائج غريبة لان الوطنى اذا كان دائناً مرتهناً رهناً تأمينياً لاجنبى ، استفاد من المادة ١٩٧ مدنى مختلط . أما اذا كان مدينه وطنياً مثله فلا يستفيد . بمعنى انه فى الحالة الاولى لايتأثر حقه بمفعول فسخ العقد المملك لمدينه . وعلى العكس من ذلك فان حقه فى الرهن يبطل فى الحالة الثانية . وهذا شذوذ غريب

هذا وقد تأيد النص ١٩٧ مدنى مختلط بجملة مواد أخرى تعمل على حماية الدائن المرتهن فقط ولم تتعرض لغير الدائن المرتهن رهنا تأمينياً وعلى ذلك يعتبر غير هذا الدائن خاضعاً للقاعدة العامة

وأما المواد الاخرى المؤيدة للمادة ١٩٧ مختلط فهى المواد ٢٤٢ و ٣٤٠ و ٤١٣ و ٤١٧ و ٧٤٧ مدنى مختلط . ويلحق بها أيضاً المواد ٤٦ و ٤٧ مدنى مختلط و ٧٨ تجارى مختلط

ولما جاء الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ لم ينقل المواد ١٩٧ و ٣٤٠ مدنى مختلط ولكنه عند نقل المواد الاخرى وهى ٤١٣ و ٤٦ و ٤٧ و ٢٤٢ حذف منها ما يتعلق بالدائنين المرتهنين واطلق المواد الاهلية على وجهها العام (٢)

غير انه يجب ان يلاحظ مع ذلك ان الشارع الاهلى قد نقل مادته ٦٢٠ مدنى عن المادة ٧٤٧ مدنى مختلط حرفاً بحرف وهى القائلة بان الفسخ بسبب عدم دفع الثمن

(١) دى هلتس ج ١ ص ١١٥ و ١١٦ ن ٣٥ . (٢) فى هذه المقارنة انظر دى هلتس ج ١ ص ١١٣

لا يعتبر حجة على الدائنين المرتهنين الذين سجلوا قبل تسجيل عقد البيع . والمفهوم من ذلك أيضاً ان الفسخ لا يسرى كذلك ضد أى شخص تقرر له حق عينى عقارى غير الرهن وسجله قبل عقد للبيع [1]

٢٣٣ — هذا واذا كان الفسخ جائزاً فى البيع بسبب استحقاق بعض المبيع او ظهور حق ارتفاق عليه (المادة ٣١٠ / ٣٨٤ مدنى) فانه مع ذلك لا يجوز للمشترى طلب هذا الفسخ بالنسبة لباقى الصفقة اذا تقررت على هـذا الباقى حقوق لدائنين مرتهنين رهناً تأمينيا (المادة ٣١١ / ٣٨٥ مدنى) والذى نراه فى هذه الحالة هو تعميم الحظر فى طلب الفسخ فى غير البيع . وان يلحق أيضاً بالدائنين كل من تقرر له حق عينى عقارى على العقار سواء كان دائناً صاحب اختصاص أم مشترياً

كل ذلك بالنسبة للغير . وأما بالنسبة للمتعاقدين فان الفسخ يؤثر عليهما بحيث يترتب عليه دائماً انهما يعودان الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد [2]

فى شروط دعوى الفسخ

٢٣٤ — فى طلب الفسخ انما يرمى العاقد الى الافلات من الوفاء بالتزامه نظراً لعدم الوفاء من جانب خصمه . وبالفسخ لا يملك دائنو خصمه حق الحجز تحت يده على ما كان بذمته لخصمه. فكأن من يحكم له بالفسخ يكون فى حكم الدائن الممتاز. أى أنه يتقاضى حقه المقرر له قبل غيره مما تقرر فى ذمته لهذا الغير وكأن الفسخ أصبح فى هذه الحالة كالمقاصة[3] . أى أن الوفاء من الجانبين يحصل بعملة المقاصة ، وهى عملة عدم الوفاء ، أى بعملة واحدة ، أو بحصول الوفاء الجنسى [4] ويترتب على ذلك ما يأتى :

١) يحكم بالفسخ سواء كان عدم الوفاء راجعاً لخطأ المدعى عليه أو تقصيره أو للحوادث القهرية والجبرية [5] . ويجوز مع الحكم بالفسخ الحكم بتعويض فى حالة عدم الوفاء الكلى أو الجزئى كما رأينا .

---

(١) دى هلس ج ١ ص ١١٦ ن ٣٦ فى نهاية النبذه (٢) استئناف م ١٧ ابريل سنة ١٩١٢ مت ق ٢٤ ، ٢٨٤ (٣) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٤٧ (٤) exécution par équivalent
(٥) أنظر مع ذلك المادة ٣٢٥ مدنى المانى

٢) يحكم بالفسخ عند عدم قيام المدين بالوفاء . ولا يعتبر المدين ممتنعاً عن الوفاء الا اذا أنذر بالوفاء من جانب الدائن . وطالما أنه لم ينذر يجوز له الوفاء بما التزم به عيناً وذاتاً . وشرط الانذار مستفاد من المواد الخاصة بالمطالبة بالتعويض (المادة ١١٩ / ١٧٧ مدنى و١١٤٧ و١١٤٨ فرنسى) والخاصة بالوفاء فى الثمن فى البيع (المادة ٣٣٤ / ٤١٦ مدنى) . على أن الانذار مستفاد من رفع الدعوى بالذات اذ تحلُّ عريضة الدعوى محل الانذار [١] هذا ويرى القضاء المصرى المختلط أنه مع صحة القول بأن عريضة الدعوى تعتبر بمثابة انذار الا أنه يقول مع ذلك بأنه من المتفق عليه قضاء وفقهاً أن لا ضرورة أبتة ، فى حالة الشرط الفاسخ الضمنى المستفاد دائماً من العقود التبادلية ، للقيام بأى عمل غير قضائى [٢] قبل رفع دعوى الفسخ كعمل انذار [٣]

٢٣٥ — *فى الفسخ المقضى به فى العقد بمعرفة الطرفين* : يحصل أن العاقدين يشترطان الفسخ فى العقد ويقررانه لمجرد عدم حصول الوفاء من أحدهما مع عدم ضرورة الالتجاء للقضاء للحكم به . وعلى ذلك اذا حصل عدم الوفاء وقع الفسخ من تلقاء نفسه واعتبر العقد مفسوخاً بين الطرفين . ويترتب على هذا الاتفاق ما يأتى:

١) لا حاجة للالتجاء للقضاء واذا اختلف العاقدان فى عدم الوفاء وتخاصما فلا يجوز للقضاء المساس بقانون المتعاقدين بل يجب عليه اقرارهما على ما نصَّا عليه فى عقدهما اذا ثبت عدم الوفاء ، أى لا يجوز تقرير مهلة للوفاء . وقد قرر الشارع المصرى هذه القاعدة فى حالة البيع (المواد ٣٣٣ / ٤١٤ مدنى و ٣٣٤ / ٤١٦ مدنى) ويجب الأخذ بها باعتبارها قاعدة عامة لا تتعارض مع النظام العام .

ولكن يجب ملاحظة ان الفسخ لا يقضى به لمجرد عدم الوفاء اذ قد يجوز أن يكون فى مصلحة الدائن ألا يطالب بالفسخ بل يطالب خصمه بالوفاء بنفس ما التزم به مدينه . ولذا لا يقصر هنا على الخضوع للفسخ فقط باعتباره انه مشروط فى

---

(١) د ، ٩٠٤ ، ١ ، ٣١٥ ـ س ، ٩٠٨ ، ١ ، ١ ' ٢٢١ . ـ انظر مقال بلانيول د ' ٩٢ ، ١ ، ٢٥٧ . ـ كولين وكابيتان ج ٢ ص ٣٤٨ (٢) acte extrajudiciaire (٣) استئناف م ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ت ق ' ٣٦ ، ٤٠٤ ورجع هذا الحكم الى بودرى المطول ج ١٢ وهو جزء البيع ص ٩٢٨ و ص ١١٣ ـ انظر ايضاً الجدول العشرى table décennale ج ١ ص ٢٣٣ ن ٩٢٨

فى العقد ، بل يجوز للدائن حق المطالبة بتنفيذ الالتزام الاصلى ، أى ان له حق الاختيار بين الفسخ أو المطالبة بالوفاء بالالتزام الاصلى . لان الفسخ تقرر بالعقد لمصلحته فلا يصح ان ينقلب ضده . وعلى ذلك يجب على الدائن فيما اذا اراد الوفاء له باصل الالتزام ان ينذر خصمه بذلك[1]

٢) يترتب على الفسخ زوال ما تقرر للمشترى من الحق العينى على المبيع . وعلى ذلك يجوز له نزع المبيع من يد المشترى من المشترى

الفسخ فى العقود ذات الطرف الواحد : رأينا ان الفسخ يكون عادة فى العقود التبادلية ولذلك قال بعض الشارحين بانه غير جائز فى العقود ذات الطرف الواحد ولكن هذا غير صحيح . لانه ما دام ان الاصل فى الفسخ العدالة فيجوز المطالبة به فى أى عقد تبادليا كان أو ذا طرف واحد

في أثر القانون

على العقود ومفعوله فيها

في دائرة عمل القانون

٢٣٦ — يراد بدائرة عمل القانون معرفة : ١) الاشخاص والاموال التى ينفذ عليها القانون . — ٢) الزمن الذى يعمل بالقانون فيه

فالاشخاص الذين يسرى عليهم القانون الاهلى هم المصريون وكان يجب ان يلحق بالمصريين الاجانب الذين ليس لهم حقوق مقررة بالامتيازات ولكن المحاكم المختلطة تقضى بعكس ذلك

هذا وخروج الاجانب عن حكم القوانين الاهلية المصرية امر مخالف للاصل التشريعى المعروف فى العالم الاوربى والعالم الاميركي والذى يقضى بخضوع جميع القاطنين بالقطر من اهالى وأجانب الى القوانين التى تنفرد لسنها الحكومة المختلطة . على ان الاجانب فى مصر خاضعون لتشريع مصرى أجنبى أى تشريع مختلط تشترك فيه السلطة

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٤٩

المصرية والسلطة التشريعية النائبة عن الاجانب وهى الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة (المادة ١٢ مدنى مختلط المعدلة بقانون رقم ١٧ سنة ١٩١١) وفوق ذلك فان اللوائح الخاصة بادارة البلاد بوجه عام وحفظ النظام العام بها سار عليهم عدا ما يتعلق بالعقوبة فانه لا بد فيها من قبول الجمعية العمومية المختلطة [١]

٢٣٧ ـ وأما الاموال : فما كان منها عقاراً فانه يخضع للقوانين العقارية المحلية وهذا هو ما قرره القانون العثمانى الصادر فى صفر سنة ١٢٦٧ ﻫ الذى يعتبر مفعوله ساريا فى مصر مع سبق العمل بأصوله فيها قبل صدوره بتركيا ، عند ما قرر الاباحة للاجانب بتملك حقوق عينية عقارية باملاك الدولة العثمانية ، وللمنقول أحكام خاصة أيضاً [٢]

٢٣٨ ـ هذا فيما يتعلق بالمعاملات . وأما ما يتعلق بالاحوال الشخصية فان القاعدة المقررة عند الشعوب من الوجهة الدولية الخاصة أن الاهالى يتبعون قوانينهم الشخصية فى أى بلد كانوا . وكذلك الاجانب يخضعون لقوانينهم الشخصية بالبلاد المقيمين بها الا اذا تعارضت هذه القوانين مع المصلحة العامة أو النظام العام

وعلى كل حال فان كل ما تقدم يتعلق بالنظرية المعروفة بنظرية تنازع القوانين [٣] وهى خاصة بمادة القانون الدولى الخاص [٤]

وأما المسائل التى نعالجها هنا فهى ما يأتى : ١) اصدار واعلان القوانين ـ ٢) الأثر الرجعى للقانون ـ ٣) ابطال القانون والغاؤه

١) اصدار القانون واعلانه

٢٣٩ ـ الاصدار [٥] والاعلان [٦] عملان مختلفان ولكنهما لازمان بالتتابع لسريان القانون على الافراد

(١) راجع كتابنا فى مسئولية الحكومة المصرية . وكتاب الدولى الخاص للدكتور ابو هيف بك بند ١٧٩ و ١٨٠ و ١٩٨ و ١٩٩ وكذلك نبذة ٣٩٦ (٢) راجع فى هذا الموضوع كتاب الدولى الخاص للدكتور ابو هيف بك بند ٣٨٨ بالنسبة للعقارات و ٣٨٩ بالنسبة للمنقولات (٣) conflits de lois (٤) dr. inter. privé • ويرجع فيها بمصر الى كتاب الاستاذ الدكتور ابو هيف بك فى « القانون الدولى الخاص فى اوروبا وفى مصر » وهو مقرر للسنة الرابعة فى مدرسة الحقوق الملكية
(٥) promulgation (٦) publication

والاصدار هو ما يقوم به الملك من الموافقة [1] على القانون بعد اقرار البرلمان عليه (المادة ٢٥ من الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣) . وعلى ذلك فهو عمل تشريعى [2] ولا تقف مهمة الملك عند التصديق على القانون بل هو يصدره ويجوز له رده للبرلمان لاعادة النظر فيه ، اذا لم يصادق عليه هو (أى الملك) فى مدى شهر (المادة ٣٤ من الدستور) وفى هذه المرة لا يعتبر القانون الجديد نافذاً الا بتوافر القيود المقررة بالمادة ٣٦ من الدستور . ويظهر ان المعنى من الموافقة [3] والاصدار [4] واحد لانهما متلازمان فلا تكون المصادقة الا حيث يكون الاصدار والعكس صحيح

وأما اعلان القانون على الافراد فهو عمل يأمر به الملك بنشر القانون فى الجريدة الرسمية ويعتبر الافراد عالمين به بعد نشره بثلاثين يوماً الا اذا زادت المدة أو نقصت بنص صريح فى القانون [5] ولا يقبل من أحد اعتذاره بجهله للقانون (المادة ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية) .

وتاريخ القانون هو تاريخ مصادقة الملك عليه لانها هى الحلقة الاخيرة لسلسلة العملية التشريعية . ويحصل أن يعتبر تاريخه تاريخ نشره بالجرائد الرسمية وهذا قليل نادر .

والاعلان بطريق النشر بالجريدة الرسمية هو آخر ما استقر عليه التشريع الفرنسى بدكريتو ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٠ وهو ما نقله الشارع المصرى سنة ١٨٨٣ واعتمده فى الدستور سنة ١٩٢٣

فى الأثر اللارجعى للقانون

١ ـ فى المصادر التشريعية للنظرية

٢٤٠ ـ يراد بالاثر الرجعى [6] للقانون سريان مفعوله على الماضى وهو ما حظرته

---

(١) sanctionner (٢) والمادة ٢٤ من الدستور المصرى تقول : « السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسى الشيوخ والنواب» (٣) sanctionner (٤) promulguer

(٥) المادة ٢٦ من الدستور . — انظر أيضاً المادة الاولى من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية الصادرة فى ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ (٦) rétroactivité

القوانين المصرية قديمها وحديثها . اذ قررت المادة ٤٠ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة سنة ١٧٧٥ ما يأتى : « لا تؤثر أحكام هذه القوانين على ما مضى . انما تتبع الاحكام المتعلقة بالمرافعات وباختصاص المحاكم فى فصل المنازعات الناشئة عن التعهدات السابقة على التاريخ المتقدم ذكره . » وقررت المادة ٣٨٠ تجارى مختلط : « ما دون فى هذا الباب لا تأثير له فيما سبق على نشر هـذا القانون . » وقررت المادة ١٩ عقوبات ان العقوبة تكون على مقتضى القانون المعمول به وقت ارتكاب الجريمة الا اذا الغى ذلك القانون أو خفضت العقوبة بقانون جـديد يصدر قبل الحـكم النهائى » وقررت المادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ ما يأتى : « لا تسرى أحكام القوانين و الاوامر الا على الحوادث التى تقع من تاريخ العمل بمقتضاها ولا يكون لها تأثير على الوقائع السابقة عليها ما لم يكن منبهاً عن ذلك بنص صريح فيها . » وجاء بالمادة ٥ عقوبات أهلى مثل ما جاء بنظيرتها المادة ١٩ مختلط ولم يرد للمـادة ٢ مدنى مختلط والمـادة ٣٨٠ تجارى مختلط نظير بالقانون الاهلى . ولـكن وردت أخيراً بالدستور المصرى سنة ١٩٢٣ بالمادة ٢٧ اذ قررت ما يأتى : « لا تجرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ نفاذها . ولا يترتب عليـه اثر فيما وقع قبله ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص . »

وهذا تكرار للمادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهليـة وهى اللائحة التى تعتبر بمثابة دستور للقضاء والمحاكم .

وورد بالقانون الفرنسى نص واحد وهو المادة ٢ مدنى فرنسى التى نصت على ما يأتى « لا ينص القانون إلا للمستقبل وليس له أثر رجعى » (١)

وهذه النصوص كلها تشمل مبدأين. أولهما ان القانون يسن للمستقبل فهو يسرى على ما يقع من الحوادث بعد العمل به . وثانيهما أن القانون لا يسن لاجل الحوادث السابقة عليه وهى التى وقعت قبل إصداره . وهـذه القاعدة الأخيرة هى الخاصة بنظرية عدم سريان القانون على الماضى . مثال ذلك . كان القانون الأهلى الصادر

(١) La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif

سنة ١٨٨٣ يقرر فى المادة ١٢٤ أن الفوائد القانونية [1] تكون باعتبـار ٧ ٪ فى المسائل المدنية و ٩ ٪ فى المسائل التجارية ولا تزيد عن ١٢ ٪ بالاتفاق بين المتعاقدين. فجاء دكريتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ وجعل الاولى ٥ ٪ والثانية ٧ ٪ والثالثة ٩ ٪ ولا تحل الفوائد قديماً وحديثاً الا من تاريخ المطالبة الرسمية [2] (قارن المادة ١١٥٣ فرنسى) أو اذا اتفق على استحقاقها دون هذا القيد. فاذا استدان مدين تحت نص القانون القديم ديناً مدنياً بفائدة ٧ ٪ وطولب أمام القضاء بدفع الدين وفوائده، وبعد مرور ثلاثة أشهر على الدعوى صدر القانون الجديد بجعل الفائدة ٥ ٪ فماذا تكون الحال؟ الجواب ان المدين يلتزم بدفع فوائد المبلغ عن ثلاثة أشهر بحساب ٧ ٪ واذا فرض وكان قد سبق له دفعها فلا يجوز أن يستردها من الدائن لان هذه الفائدة تقررت للدائن بطريقة نهائية تحت سلطان القانون القديم. ولا يدفع بعـد مضى هذه المدة فوائد الا بقدر ٥ ٪ طبقا للقانون الجديد أى ان القانون الجديد فى الحالتين لا يسرى على ما تقدمه برغم كون العقد عمـل فى زمن القانون القديم، وذلك لان الفوائد تستحق يوماً فيوما [3] وكذلك الحال أيضاً فيما اذا فرض وكان القانون الجديد يقضى بزيادة الفوائد

هذه القاعدة الخاصة بعدم سريان القانون الجديد على الماضى قاعدة قررتها جميع الشرائع. وترجع المشروعية فيها الى ثلاثة أسباب المنطق والعدل والمصلحة الاقتصادية فعن المنطق: من المعقول أن الآمر لا يأمر عن شىء مضى وانتهى انما يأمر للمستقبل. لأن ما مضى وقع بأمر القانون الماضى كما أن الذى سيقع فى المستقبل سيخضع هو الآخر للقانون الجديد الآمر. وعن العدل: فان من المضر بمصالح الافراد مصادرتهم فيما تم على أيديهم من الاعمال وهم سليمو النية فيما يعملون. وعن المصلحة الاقتصادية: فانه لا يستقر الافراد فى معاملتهم الى الطمأنينة اذا شعروا بأن ما يبرمونه اليوم سينقضه القانون غداً. وربمـا يترتب عليه أن الحرص يؤدى بالفرد على أن لا يعمل. وفى ذلك ما فيه من الاضرار بالشئون القانونية [4]

(1) intérêt légal (2) demande en justice (3) د ٢٠٩٠٢ ، ٣٤٠٥٢٠٩٠٢ ـ . س ٢٠٩٠٣ ، ١٤٩٥ (4) commerce juridique

فالماضى يجب أن يظل غير ممسوس وما تم فيه يجب عدم نقضه . لذا كان مفعول القانون الجديد عليه سلبيا اذ لا سلطان له عليه . وقد أخذ بهذه النظرية أيضا فى المسائل النظامية السياسية عند تغيير السيادة العامة للبلد بضمه الى بلد آخر فاذا حصل أحد الافراد على حكم فى عهد السيادة الاولى نفذ فى عهد السيادة الجديدة

فى الأثر الرجعى على نتائج العقد الماضية والمستقبلة

٢٤١ ـ رأينا فيما ضربناه من المثل بشأن القوانين وصدور دكريتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المعدل للمادة ١٢٤ مدنى . وقلنا إن الفوائد المدفوعة لا تسترد . ولكن لا يلزم المدين بدفع فوائد اكثر مما قرره الدكريتو أى لا يدفع الا ٥ ٪ و ٧ ٪ و ٩ ٪ بدلا من ٧ ٪ و ٩ ٪ و ١٢ ٪ . ولا تناقض بين القاعدتين لأن ما دفع واستحق طبقاً لشرط القانون وهو المطالبة الرسمية أصبح حقا مكتسبا (١) لا شك فيه ، حيث أنه قد أنشىء وتكوّن وا كتسب تحت سلطان القانون القديم . أما ما لم يستحق تحت سلطان القانون القديم فهو يتأثر حتما بالقانون الجديد . فالفوائد التى لم تستحق ـ فى حالة ما اذا مضى زمن على ميعاد دفع الدين ولكن لم تحصل مطالبة رسمية بالوفاء أو لم يكن مشترطا بهذا الدين اعفاء الدائن من هذا الشرط ـ هذه الفوائد وان كان مصدرها السند الحاصل تحت سلطان القديم الا أنها من النتائج المستقبلة للسند وهذه النتائج تتكيف بالتكييف القانونى الذى يقرره القانون الجديد فهى تخضع له: ذلك لأنها لا تستحق الا بعد المطالبة الرسمية الحاصلة طبقاً للقانون بعد ظهور القانون الجديد . والمطالبة الرسمية هو الوقت المؤذن بولادة الفوائد فهى تولد تحت سلطان القانون القديم لا الجديد

من ذلك يرى انه إذا كان للعقد نتائج ماضية ومستقبلة ـ باعتبار أن العقد صدر تحت سلطان القانون القديم ، خضعت الماضية للقانون القديم وأما المستقبلة فانها تخضع لقيود القانون الجديد لانه مفروض فيه انه أفضل مما سبقه وهذا لا يتعارض مطلقا

(١) droit acquis

مع نظرية الاثر الرجعى بقاعدتيها الخاصتين بالماضى والمستقبل . وهو ماقررته أخيراً محكمة النقض الفرنسية [١]

٢٤٢ ـ مما مر نرى أن الحق يكوّن تكويناً قانونياً كاملا تحت سلطان القانون الماضى حتما . وأما إذا لم يتكون تكوينا قانونياً صحيحاً فهو يفلت منه ويخضع لسلطان القانون الجديد . أو بعبارة أخرى يخضع للقانون القديم الحق المكتسب [٢] ولكن مجرد الأمل [٣] لا يخضع له بل للقانون الجديد . والتفرقة بين الحق والامل هى اداة التمييز [٤] التى يستعان بها فى معرفة مجال الاخذ بنظرية الاثر الرجعى وهى الاداة التى قال بها « بلوندو » [٥] سنة ١٨٠٤

٢٤٣ — ومع ذلك لوحظ على هذه الطريقة فى التفرقة بين الحق والامل انها غير كافيه وعلى غير أساس

هى غير كافية لانه قد يستحيل أحيانا التفرقة مع الدقة بين الحق والأمل لانه فى المثل الذى ضربناه بشأن الفوائد لا يتمشى القانون الجديد على ما سبقه بل على ما يلحقه . أى لا يتمشى على الماضى وعلى ماتم فى الماضى . وعلى ذلك يمكن الاخذ والرد على هذا المنوال دون الحاجة الى القول بالحق المكتسب . بل يكفى القول بالماضى وما تم فى الماضى . هذا وعلى العكس من ذلك فقد لوحظ ان قانوناً جديداً قد يفتات على ما يسمى بالحق المكتسب اذا صدر هذا القانون مبطلا لحالة اجتماعية خاصة ومع ذلك فهو لا يتعارض مع نظرية الاثر اللارجعى على الماضى. وهذه هى القوانين المبطلة لحقوق الاشراف وذوى الاقطاعات والالزامات [٦] التى حظرت على حملة هذه الحقوق التمتع بهامع ما فى ذلك من الافتيات على الحقوق المكتسبة وهى المقررة لهم باعتبارها داخلة فى اموالهم

واما كونها على غير اساس قانونى فانه لا يصح منطقيا — باعتبار ان القانون مظهر من مظاهر ارادة الفرد فى مجموعه ـ ان يكون للفرد حقوق مكتسبة ضد ارادته اذ لا توجد حقوق مكتسبة ضد القانون

(١) د ، ١٩١٧ ، ١ ، ٨١ ومقال كابتان Capitant (٢) droit acquis (٣) expec-tative أو espérance (٤) criterium (٥) Blondeau (٦) droits seigneuriaux et féodaux

٢٤٣ مكرر — لذا فكر بعض الشارحين فى البحث على طريقة أخرى غير تلك الطريقة السابقة التى ميزت بين الحق والأمل . وهذه الطريقة الأخرى رجعوا فى تقريرها الى رغبة الشارع نفسه والى أصل مشروعية نظرية الأثر اللارجعى على الماضى .

ذلك أنهم قرروا أن القانون الجديد يسرى على الوقائع والحالات المستقبلة وأنه اذا كان لا يسرى على الماضى فذلك يرجع لسبب معقول وهو أن الشارع لا يستطيع أن يتعارض مع نفسه فيما اذا أراد أن يقرر سريان قانونه الجديد على الماضى بينما يكون قد خضع الناس له فى قانونه القديم . ويرجع أيضاً للعدالة والمصلحة العامة أو الفائدة الاجتماعية لان الشارع لا يمكن أن يكون قد أراد المساس بما قرره الأفراد فيما بينهم من الحقوق وما رتبوه عليه فى تعاملهم بعضهم مع بعض تحت سلطان القانون القديم . ومن هنا تتقرر القاعدة الآتية التى يجب الاخذ بها فيما يتعلق بالنتائج المستقبلة للأمور والحالات القانونية السابقة على القانون الجديد ، وفيما يتعلق أيضاً بالاستثناءات الواردة عليها . هذه القاعدة هى : إن النتائج المستقبلة لأى عمل قانونى يجب أن تخضع للقانون الجديد ، مادام أن هذا القانون لم يقرر أحكامه الا للمستقبل اذ الماضى وحده هو الذى يخضع للقانون القديم .

فاذا صدر قانون معدلا للأصول والأحكام المقررة فى التقادم أى اكتساب الحقوق بمضى المدة وقرر جعل بدء المدة متأخراً عن ذى قبل وجب الأخذ بالقانون الجديد بالنسبة للتقادم القائم وقت صدوره [1]

٢٤٤ — تلك هى القاعدة ولها استثناءات على نوعين :

١) اذا تم العقد تحت سلطان قانون قديم وجب اعتباره خاضعاً لسلطان هذا القانون . فاذا صدر قانون جديد مخالفاً للقانون القديم فلا يجوز فى الأصل المساس بالحق المقرر للعقد بمقتضى القانون القديم وعلى الأخص فيما يتعلق بالأسباب الخاصة بالالغاء أو الفسخ الواردة بالقانون الجديد . ولقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قررت هذا المبدأ فى قضية هامة : [2] ذلك أن بلدية باريس تنازلت فى سنة ١٨١٩ بعقد تجدد

---

(١) د ، ٩٠٥ ، ١ ، ١١٣ . — س ، ٩٠٧ ، ١ ، ٢٣٥ (٢) د ، ٩٠٢ ، ١ ، ١٠٥ . — س ، ٩٠٢ ، ١ ، ٥١٣ ومقال « فاهل Wahl

في سنة ١٨٤٧ الى جماعة « فرير » المدارس المسيحية عن الانتفاع بعقار مقابل مايعود على البلدية من المنافع التى تجنيها من وجود المعهد العلمى الخاص بنشر التعليم العام . ولا يلزم جماعة « الفرير » بدفع ايجار عن هذا العقار طالما أن المعهد العلمى قائم يؤدى عمله فى مكانه . وصدر بعد ذلك قانون سنة ١٨٨٦ وهو الخاص بالتعليم العام وقرر الحظر بطريقة ضمنية على المديريات المستقلة فى ادارتها الداخلية فى أن تمد المدارس الحرة بأى اعانة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة . وعند صدوره قامت بلدية باريس ورفعت دعوى على جماعة « الفرير » وطلبت فيها فسخ العقد المبرم بينهما سنة ١٨١٩ و١٨٤٧ . وحكمت محكمة استئناف باريس بالفسخ . ثم جاء النقض وألغى الحكم وقرر المبدأ الذى أشرنا اليه .

٢) **الاستثناء الثانى للقاعدة المتقدمة** : سبق ان رأينا أن القوانين الخاصة تنقسم الى قسمين : قوانين آمرة وقوانين مقررة أو مكملة . وقلنا إن القوانين المقررة هى التى قررها الشارع باعتبارها هى التى أراد المتعاقدان الرجوع اليها عند عدم النص على خلافها فى العقد اهمالا أو عمداً . وأغلب هذه النصوص ورد فى نظرية الالتزامات باعتبارها مجموعة الاصول القانونية للتعاقد بوجه عام . فاذا فرض وصدر قانون جديد معدلا لهذه النصوص المقررة فهل يسرى على العقود الحاصلة فى عهد القانون القديم بينما المفروض أن نصوص ذلك القانون القديم هى التى أراد المتعاقدون الرجوع اليها وقت تعاقدهم احتمالا ؟ ليس للقانون الجديد أى أثر ما على هذا الماضى المعبر عن ارادة المتعاقدين

ومن هنا يمكن تقرير القاعدة الاصولية الهامة الآتية : وهى يظل القانون القديم سارياً على النتائج المستقبلة للعقود الحاصلة فى عهده وذلك فيما اذا كان القانون القديم والقانون الجديد من طائفة القوانين المقررة وهى القوانين التى تعتبر بأنها ترجمان للارادة الحرة والمستقلة للمتعاقدين

ولهذه القاعدة أثر أيضاً فيما يتعلق بالاحوال النظامية السياسية مثل حالة ضم بلد الى آخر

وأما القوانين الآمرة فلا سبيل فيها الى الأخذ بعكس ما تقرره اذ لا بد من سريانها على النتائج المستقبلة للعقد . وهذه القاعدة الاخيرة ترجع للاسباب التي ذكرناها بشأن مشروعية الأثر اللارجعي على الماضي من حيث الوجهة المنطقية والوجهة الاقتصادية .

٢٤٥ — وقاعده الاثر اللارجعي يقررها الشارع للقاضي لا لنفسه لان الشارع يملك بمقتضى سلطته الواسعة حق عدم الأخذ بها كما نصت بذلك المواد التي سبقت الاشارة اليها فى صدر هذا الموضوع . وفى الغالب يقرر الشارع سريان القانون على الماضي كلما وجد فى ذلك مصلحة للجماعات من الوجهة النظامية والاقتصادية كما فعل الشارع الفرنسي بشأن الشركات وما حفها من الخطر المحدق بكبار المتموّنين والاخلاق العامة .

٢٤٦ — هذا ولما قامت الحرب واختل فيها ميزان الحقوق بين الافراد ، وظهرت للعقود نتائج غريبة لم تكن بالحسبان ولم تدر بأخلاد المتعاقدين وقت التعاقد ، رأى الشارع التدخل فى الامر حتى يخفف بقدر ما يمكن من خلل التوازن هذا . فأصدر الشارع المصري قانوناً بتقييد أجور الأمكنة فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢١ رقم ٤ وقانون تخفيض ايجار الاراضي الزراعية فى أول مايو سنة ١٩٢١ رقم ١٤ وكان الغرض من هذين القانونين اجتناب النتائج القانونية الخارقة للعادة على خلاف أحكام نظرية الاثر اللارجعي على الماضي حفظاً للنظام العام والمصلحة العامة . وصدر بفرنسا قانون ٢١ يناير سنة ١٩١٨ وهو الخاص بالعقود التجارية المختلفة وبالعقود المتعلقة بالتعهد بتوريد بضائع وأباح جواز رفع دعوى أمام القضاء يطلب فيها المتعهد فسخ العقد اذا ثبت أن تنفيذ تعهده يعود عليه باضرار جسيمة جداً تزيد كثيراً عما كان يحتمله العقد وما كان يمكن أن يدور بخلد المتعاقدين وقت التعاقد ، حتى ولو كان الدائن قد صدر لمصلحته حكم حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه

نظريه الأثر اللارجعي وقانون المرافعات

٢٤٧ — تقضي البداهة أن القوانين الخاصة بالنظام العام ونظام المحاكم هي قوانين رجعية

الاثر . ولا حاجة الى النص على ذلك فى القانون . وقد فعل ذلك القانون الفرنسى ولكن خالفه فيه القانون المصرى اذ قرر القاعدة هذه مع أنها مستفادة بالبداهة فاذا صدر قانون مغيراً للاختصاص المحلى أو الشخصى أو المادى أصبح أثره راجعا على الالتزامات السابقة على صدوره [1]

ويجب التمييز بين قوانين المرافعات وقوانين الاختصاص وقوانين الاثبات ، ففيما يتعلق بقوانين المرافعات يراعى ما يأتى

١) اذا صدر قانون جديد ولم ترفع الدعوى وجب اتباعه

٢) اذا رفعت الدعوى وصدر قانون جديد وجب الأخذ بالجديد الا اذا مس حقا مكتسباً (أمر عال بانشاء وزارة الأوقاف فى ٢٠ مايو سنة ١٩١٢)

٣) المواعيد الجديدة لا تسرى على الاحكام التى سبق صدورها

٤) فيما يتعلق بالاستئناف يجب الأخذ بالقانون المعمول به وقت صدور الحكم لا القانون الذى كان معروفا وقت رفع الدعوى . فاذا صدر قانون يحظر الاستئناف فلا يستأنف الحكم (قانون تعديل اختصاص القاضى الجزئى وجعله نهائيا فى ٢٠ جنيها بدلا من ١٠ جنيهات فى المسائل العينية تاريخه ٢٧ ابريل سنة ١٩١٤ رقم ٣)

وفيما يتعلق بقوانين الاختصاص يراعى ما يأتى

١) اذا صدر قانون جديد وغير الاختصاص وجب الأخذ به فيما اذا لم ترفع الدعوى وأما اذا رفعت فتبقى الدعوى أمام محكمتها الأولى التى رفعت اليها ، حتى ولو تغيرت جنسية الخصوم أيضاً

٢) القانون الجديد الذى يوسع من نظام الاختصاص أو يقيده لا يسرى الا على القضايا التى لم ترفع بعد

٣) القانون الذى ينشىء محاكم جديدة لا ينفذ الا على مالم يرفع للمحاكم

وفيما يتعلق بقوانين الاثبات تجب ملاحظة ما يأتى :

١) ماتعلق باثبات الحق فى ذاته فلا يكون للقانون أثر رجعى فيه واما مايتعلق بطرق الاثبات أى بالمرافعات فله هذا الأثر الرجعى فيه [2] ولكن ماالقول بشأن النصوص

(١) د، ٤ ، ٩٠ ، ٢ ، ١٧ ومقال تالير Thaller (٢) راجع فى استناد قوانين المرافعات كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ٦٢٥ـ٦٣٠ ومرافعات الدكتور عبد الفتاح بك السيد ص ٧ ن ١١ وما بعدها

القانونية فى المرافعات الخاصة بالوسائل المقررة للدائن على أموال مدينه للمحافظة على دينه فهل هى من طائفة قوانين المرافعات التى يسرى عليها القانون الجديد أو هى ليست منه فلا يسرى عليها هذا القانون الجديد وتبقى خاضعة لنظام القانون القديم ؟ القول المفتى به أنها من قوانين المرافعات [1]

٢٤٨ — فى القوانين التفسيرية ونظرية الأثر الرجعى على الماضى : يراد بالقانون التفسيرى [2] القانون الذى يصدره الشارع وهو يرمى به الى توضيح المعنى المقصود من قانون سابق اذا شاب المعنى شك أو غموض أو خلاف فى فهمه . وبما أن القانون المفسر هو جزء متمم للقانون السابق كان يلزم على ذلك أن يخرج عن منطقة نظرية الأثر اللارجعى . ولكن مع ذلك يجب اعتباره فى عداد القوانين الخاضعة لها للأسباب الآتية

أولا . يحصل ان الشارع نفسه يستخدم القانون الجديد وينعته بانه مفسر لقانون سابق وسيلة فى التحايل على جعله نافذ المفعول على ماتقدمه من الوقائع القانونية مع انه فى الواقع قانون جديد

على انه يفرض أن القانون المفسر هو فى الحقيقة والواقع قانون تفسيرى لقانون سابق . فما لا شك فيه انه لا بد أن يكون لهذا القانون التفسيرى أثر رجعى على على الوقائع القانونية التى تمت فى عهد القانون السابق وهو مشوب بالشك والغموض والخلاف لانه يفسر نفس هذه الوقائع التى تمت . وفى تفسيره لها حكم منه عليها بينما هى قد تمت وسبق فيها السيف العذل . وعلى ذلك فالقانون المفسر له أثر رجعى حتى على الماضى [3] ويحكم عليه بما يراه القانون السابق ، أى انه ينظر فى تفسيره الى الماضى . ولبداهة هذا المبدأ لم ير الشارع الفرنسى ادراجه بالمادة ٢ مدنى بعد ان كان مدرجاً بمشروع القانون

ولما كان لأمر الأثر الرجعى للقانون التفسيرى شأن مزعج على حقوق الافراد

(١) د ، ٢ ، ٩٠٢ ، ١ ، ٢٥٧ وتعليق « ابلتون Appleton » وراجع كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك فى استنادقوانين التنفيذ بند ٢٦١ـ٢٦٥ مرافعات عبد الفتاح بك السيد ص ١٢٥٩

(٢) loi interprétative (٣) rétroactif

وما استقروا عليه تحت سلطان القانون السابق يرى الشارع فى كل حالة تفسيرية ضرورة معالجة هذا الاضطراب بنصوص وقتية محافظة على الحقوق المهددة بفعل الشارع ويفعل الشارع هذا الأمر عند ما يصدر قانوناً ويخشى من آثاره الرجعية أن تضر بحقوق مقررة قبل صدوره . كما فعل فى مثل هذه الاخيرة عند ما اصدر قانون الحجز على الاملاك الزراعية الصغيرة وهو قانون أول مارس سنة ١٩١٣ رقم ٤ اذ قرر ضرورة ثبوت تاريخ السند قبل العمل بالقانون . ثم جعل سريانه بعد ثلاثين يوماً من نشره الحاصل فى ١٠ مارس [١]

٣) فى الغاء القوانين وابطالها

٢٤٩ — يراد بالغاء القانون [٢] أو ابطاله [٣] محوه من مجموعة القوانين وتعطيل أثره الالزامى على الافراد

والابطال على نوعين : ابطال صريح وابطال ضمنى

فالابطال الصريح هو ماورد به نص قاطع فيه، والابطال الضمنى هو ما لم يرد به نص قاطع ولكنه يفهم من تناقض [٤] أو تعارض [٥] القانون القديم مع القانون الجديد ، لانه عند التعارض أو التناقض لا يستقيم وجود القديم مع الجديد بل لا بد من زوال القديم اذ جاء الجديد وعمل على محوه . وعلى ذلك يقول بعض الشارحين بانه لا محل لوضع نص على حدة فى آخر القانون يقضى بعدم العمل بما سبقه لان ذلك مفهوم بالبداهة من تعارض القانونين وتناقض بعضهما بعضا

٢٥٠ — وفيما يتعلق بابطال القانون يجب مراعاة مسئلتين : ابطال القانون بحكم العادات المعارضة له . وابطال القانون بمضى الزمن

---

(١) ملاحظة هامة على قوة المبادىء التى تقررها الدوائر المجتمعة فى محكمتى الاستئناف الاهلية المختلطة : هذه المبادىء تعتبر تفسيرية للقانون ولذلك يعتبر الرأى الذى حكمت به الدوائر المجتمعة أن التفسير الوحيد للقانون فى الازمان يسرى على الحوادث السابقة على صدوره ولا عبرة بما كان سائداً من الرأى من قبله بمقتضى الاحكام المخالفة له .انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ مارس سنة ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٧٨ ن ١٨٩

(٢) abrogation (٣) suppression

(٤) contrariété (٥) incompatibilité

١) **ابطال القانون بحكم العادات المعارضة له** . سبق لنا أن رأينا أن العادة لا تعتبر فى ذاتها مصدراً للقانون المعمول به[١] فى الجماعة الحاضرة . وكل ما يمكن ان يكون لها من الأثر ان تعدل من معنى القانون بحسب ما يعتاد الناس عليه ، لا ان تبطله بتاتاً

٢) **ابطال القانون بفعل الزمن** . القانون لا يسقط مفعوله بمضى الزمن . بل كلما مضى عليه الزمن وهو معمول به كلما ازداد نشاطاً فى مجال العمل . ولكن محل التساؤل فيما اذا مضى عليه زمن ولم يعمل به ، هل يسقط بالترك[٢] ولعدم العمل به ؟[٣] الامر فى ذلك يرجع للسلطة الحاكمة وما هى عليه من النفوذ والسلطة فى الحكم . فاذا كانت قوية استطاعت تنفيذ أى قانون قديم أو عتيق فى حالة عصرية خاصة[٤]

٢٥١ — على انه اذا صح القول بأن القانون لا يسقط بعدم الاستعمال فانه يجب من طريق آخر عدم اطلاق الحكم لهذه القاعدة . ذلك لانه اذا وضع قانون لحالة خاصة قد أحكمت الرابطة بينهما فانه يزول مفعول القانون بزوال الحالة . ويضرب الشارحون الفرنسيون مثلا بالمواد ١٢٦٥ و ١٢٧٠ مدنى الخاصتين بجواز اتفاق المدين مع دائنيه على التنازل لهم عن أملاكه[٥] عند اعساره فى دفع ديونهم.

---

(١) Droit positif (٢) tomber en déduètuse (٣) non-usage

(٤) د، ١٩٠١، ١، ١٦٩ — س ، ١٩٠٢ ، ١ ، ١٥٧ هذا وقد حصل التساؤل سنة ١٩٢٢ فيما اذا كان قانون المطبوعات المصرى الصادر فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٨١ قد سقط بحكم عدم العمل به أم لا. وعما اذا كان فى استطاعة مجلس الوزراء بقراره الصادر منه فى ٢٥ مارس سنة ٩٠٩ أن يعيد نفاذ هذا القانون بعد ان قرر مجلس الوزراء نفسه بالمادة الاولى من قراره سبق عدم العمل به من سنة ١٨٩٤ الى سنة ١٩٠٩ وقد طرحت فعلا هذه المسئلة امام القضاء المصرى سنة ١٩٢٢ عند ما قرر مجلس الوزراء ابطال جريدة يومية تطبيقا للمادة ١٣ من القانون المذكور . ولا نعرف حتى الآن ماذا كان مصير الدعوى. هذا وقد قضى القضاء المصرى من حيث ابطال القانون بان قانون ١٠ نوفمبر سنة ١٨٨٤ الخاص بمسئولية رجال الحفظ قبل من يعتدى على أموالهم قد أصبح معطلا فى كل نصوصه سواء من جهة العمل ام من جهة الالغاء الضمنى لصدور لوائح اخرى فى موضوعه تتنافى فى معناها الصريح مع القواعد والاجرآت المرسومة فيه : طنطا الكلية فى ١٨ ابريل سنة ٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٧٩ عدد ٥٠ . — قارن ايضا حكم محكمة الاستئناف فى ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م ا ، ٢٤ ص ٥٢ عدد ٣١

(٥) cession des biens

وقد بطل العمل بهذه المواد من تاريخ ٢٢ يوليو سنة ١٨٦٧ وهو تاريخ ابطال الاكراه البدنى[١] فى المسائل المدنية . لأنه من المتفق عليه أن هذه المواد شرعت تلطيفاً من شدة الاكراه البدنى . أما وقد ألغى فلا محل للعمل بها لأن ذلك نتيجة طبيعية ومعقولة . ويقول الشارحون الفرنسيون أيضاً بأن دكريتو ٢٧ مارس ١٨٥٢ الذى قرر تسمية القانون الفرنسى بقانون نابليون[٢] لم يلغ أيضاً بنص صريح . ولكنه ألغى ضمناً فى سنة ١٨٧٠ لأنه لم يصدر فى ذلك الوقت الا ليكون ملتئما مع الروح النظامية الامبراطورية التى قررها دستور سنه ١٨٥٢

٢٥٢ — واذا كان للظروف الاجتماعية التى من أجلهـا صدر القانون شأن يذكر فى مشروعيته فلا شأن أكبر من ذلك الشأن فيما يتعلق بلوائح البوليس[٣] فانه اذا زالت أسباب مشروعيتها زالت هى أيضاً . لأن لوائح البوليس هى عادة مجموعة احتياطات ادارية تقرر فى حالات خاصة لا تتصل بصلة ما بأى مبدأ قانونى . لذلك يمكن القول بأنها وقتية تزول بزوال أسبابها . ولقد ذكر فى ذلك بودان[٤] فى مقدمة كتابه المرسوم[٥] الصادر فى سنة ١٦٣٤ بمنع شرب الدخان فوق ظهر البواخر ومن خالف ذلك يعاقب بالجلد[٦] وبوضعه فى أسفل العنبر ولم يصدر قانون أو أى أمر آخر ملغياً لهذا الامر لاتصريحاً ولا تلميحاً . وعلى ذلك فهل يمكن أن يقال الآن بانه لا زال يمكن العمل به ؟ طبعاً لا

فى النظرية العامة لبطلان العقود

كلمة عامة

٢٥٣ — يراد بالبطلان[٧] زوال الاثر القانونى للعمل القانونى أى لاى اتفاق أو عقد من العقود . وبزول الاثر القانونى بسبب عيب يشوب العقد . وتختلف قوة الاثر القانونى للعقد بقوة العيب اللاصق به لذا لا تخرج العقود فى آثارها القانونية عما اتصل بها وقت تكوينها قوة وضعفاً . وبطلان العقود على هـذا الاعتبار من حيث زوال آثارها القانونية وارتباطها بالعيوب التى شابتها وقت تكوينها لايخرج عن ثلاث أحوال:

---

(١) contrainte par corps (٢) Code Napoléon (٣) réglements de police
(٤) Beudant (٥) ordonnance (٦) battu (٧) nullité

١) اما ان يكون ركناً أساسياً للعقد [١] لم يتوافر وجوده وقت انشاء العقد. مثلا حصل مشروع بيع ولكن لم يتم البيع بعد ذلك لعدم حصول رضاء به من قبل العاقدين. أو حصل بيع دون دفع الثمن او دون الاتفاق على محل العقد أى المبيع نفسه. فى هذه الحالة ليس للعقد أثر قانونى ما. وقال الفقه فى ذلك بأن العقد لا يوجد بالمرة من الوجهة القانونية وقالوا عنه بأنه معدوم [٢] أى فى حكم العدم

٢) واما ان العقد لم يراع فيه القيد القانونى [٣] الذى قرره القانون لصحة العقد. كما اذا وقعت المخالفة فيما يمس النظام العام أو العوائد الحسنة أى الاخلاق. أو ان العقد لم يلاحظ شرط الرسمية والقيود الشكلية الخاصة [٤] وقت انعقاده. فى هذه الحالة يقال عن العقد انه مشوب بالبطلان المطلق [٥]

٣) واما ان يكون قد شاب الافصاح عن الارادة وقت التعاقد شائبة من الشوائب المعروفة بعيوب الرضاء وهى الصغر أو عدم الاهلية والغلط والتدليس وفى هذه الحالة عمل القانون على حماية المجنى عليه نفسه بان أباح له حق رفع دعوى امام القضاء بطلب بطلان العقد [٦] ويقال للعقد هنا انه قابل للبطلان [٧] أو انه موصوف بالقابلية للبطلان [٨] أو البطلان النسبى [٩]

من هذه الامثلة الثلاثة يتبين ان البطلان على ثلاثة انواع اما عدم وجود، واما بطلان مطلق، واما بطلان نسبى

ولقد حمل القانون المصرى، كما فعل مصدره القانون الفرنسى، كلمة البطلان على معان ثلاثة دون أن يعين بدقة الكلمة التى تدل على المعنى المقصود. وترتب على ذلك أخذ ورد بين رجال الفقه الفرنسى وانتهى بهم الامر أن اتفقوا على النتائج القانونية للبطلان مع تنوع اشكاله بعد ان افاضوا فى استخدام الوسيلة المعروفة فى المنطق بوسيلة الاستنباط [١٠] وها نحن أولاء ندلى بما اتفقوا عليه مع بيان اوجه الخلف من الوجهة النظرية البحتة لا من الوجهة العملية. ونرى من اللازم بيان مصادر هذه النظرية عند الرومان وما اتفق عليه علماء الفرنسيين قبل سن قانون نابليون سنة ١٨٠٤

(١) élément essentiel (٢) inexistant (٣) prescription légale
(٤) solennité (٥) nullité absolue (٦) annulation (٧) annulable (٨) annulabilité
(٩) nullité relative (١٠) logique déductive

بطلان العقود عند الرومان

٢٥٤ ـ قال الرومان بالتفرقة بين العقد الباطل من تلقاء نفسه وبقوة القانون[١] والذى لا ينشأ عنه أى أثر قانونى ، وبين العقد القابل للبطلان[٢] . على ان الرومان مع قولهم بالتفرقة المتقدمة فانهم لم يعلقوا عليها نتيجة ما من جهة نفى الاثر القانونى بل جعلوا العدم والبطلان المطلق فى مستوى واحد

أما القابلة للبطلان أو البطلان النسبى فانه لم يقرره البريتور الا بعد أن قطع الرومان أشواطاً بعيدة فى سبيل المدنية فقرر البريتور البطلان النسبى فى أحوال خاصة . فاذا تبين له أن العقد المطلوب الحكم ببطلانه قد توافرت فيه الشروط القانونية المقررة فى القانون المدنى الموقوف على جماعة الرومان وحدهم[٣] وأنه من المستحيل الحكم ببطلانه على هذا الاعتبار ، ولكنه من طريق آخر لمح أن هذا العقد مع صحته شكلا فانه مجحف بمال أحد العاقدين نظراً لشائبة عابت العقد كشائبة الاكراه مثلا ، أو أن العقد صدر من القاصر الذى لم يبلغ الخامسة والعشرين فأضر به نظراً لانتهاز العاقد الآخر فرصة عدم المامه بشئون الحياة : ففى هذه الحالة لا يحكم القاضى ببطلان العقد بل يبيح للقاصر حق رفع دعوى برد الشىء كاملا الى أصله[٤] أى اعادته الى ما كان عليه وقت التعاقد . ويكون من نتائج الدعوى حتما محو العقد المطعون فيه والقضاء عليه . ولكن يعتبر العقد قائما ونافذ المفعول ، حتى يقرر القاضى دعوى الرد للقاصر ، لان العقد صحيح فى نظر القانون المدنى الرومانى انما يظل مهدداً بالبطلان ما دام انه فى استطاعة القاصر حق طلب الاستفادة بدعوى الرد

٣) نظرية البطلان فى الوقت الحاضر

٢٥٥ ـ قام جمهور من مشترعى فرنسا قبل سنة ١٨٠٤ ومهدوا الطريق لوضع قانون نابليون فى تلك السنة . ومنهم دوما وبوتييه . وقد خلطا بين أنواع البطلان

---

(١) de plein droit (٢) وعبروا عن الاول بقولهم أن ليس من أثر قانونى للعقد nullum est negotium وبقولهم أن لا عقد بالكلية nihil actum est أو أنه باطل من الابتداء ab initio دون الحاجة الى حكم بالبطلان من القضاء : ويحصل ذلك اذا لم تتوافر فى العقد شروط تكوينه . كما اذا حصل بيع دون تعيين المبيع (٣) Droit civil (٤) restitution in integrum

ولكن نالتهم پوهييه لم يقع فى هذا الخلط بل شرح النظرية شرحا وافياً لاغبار عليه

ومن ثم يمكن القول بأن واضعى القانون الفرنسى أخـذوا هم الآخرون بهذه التفرقة بين أنواع البطلان ، الامر الذى دلت عليه الاعمال التحضيرية وبعض مواد القانون نفسها . فقالت المادة ١١١٧ مدنى : « العـقد المشوب بالغلط أو الاكراه أو التدليس لا يعتبر باطلا من تلقاء نفسه . بل يجوز فيه فقط رفع دعوى بابطاله [١] أو بفسخه [٢] » ويقابل هذه المادة الفرنسية المادة ١٩٣/١٣٣ مدنى المصرية حيث قالت « لا يكون الرضاء صحيحاً [٣] اذا وقع عن غلط أو حصل باكراه أو تدليس . » والقانون الفرنسى أكثر وضوحا وبيانا . وقررت المادة ١١٣١ مدنى فرنسى بشأن السبب فى العقود ما يأتى : « ليس للالتزام الخالى عن السبب أو المبنى على سبب فاسد [٤] أو على سبب غير مشروع [٥] أى أثر [٦] » وتقابلها المادة ٩٤ / ١٤٨ مدنى المصرية التى تقول . « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا » والاصل الفرنسى العبارة للمادة المصرية أجلى بيانا [٧] وتعبيره أسبق الى تأدية المعنى المقصود من الترجمة العربية [٨]

واذا كان القـانون الفرنسى قد أخذ بهذه التفرقة الثلاثية الا أنه لم يأت على شتات النظرية وعلى بيان أركانها وقيودها . وكان يرجع فى مواده الى عبارات مبهمة غامضة لم يبين بها المراد منها بطريقة ظاهرة . وهكذا فعل القانون المصرى كما بيناه

(١) action en nullité (٢) en rescision (٣) valable (٤) fausse cause
(٥) cause illicite (٦) aucun effet (٧) حيث يقول L'obligation n'existe que

(٨) وأنظر أيضا طائفتين من المواد الفرنسية وهما الطائفة الاولى : المواد : ١٤٦ القائلة بان لا زواج اذا لم يكن هنـاك رضاء ' و ١٣٣٩ القائلة بانه « لا يجوز للواهب بأى عمـل مؤيد للهبة بين الاحياء تصحيح عيوبها اذ متى كانت باطلة شكلا فانه يجب عملها من جديد طبقا للقانون » و ١٩٧٤ القائلة بأن « كل عقد بترتيب معاش طول الحياة لشخص كان متوفيا وقت العقد لا ينتج أى اثر ». — والمادة ٥٠/٧٢ مدنى مصرى اذ تقول : « تبطل الهبة la donation est nulle بموت الواهب أو بفقد أهليته لا صرف قبل قبول الموهوب له. » وهذه المواد قاطعة فى ان الشارع اخذ بنظرية البطلان المطلق . — وما الطائفة الاخرى فهى : المادة ١١٠٩ ونصها « لا يعتبر الرضاء صحيحا il n'y a point de consentement valable اذا حصل عن غلط او اذا اغتصب بالاكراه او من طريق الخديعة والتدليس . » وتقابلها المادة ١٩٣/١٣٣ مدنى المصرية المتقدمة . — والمـادة ١١٢٥ حيث قالت : « ليس للقاصر أو المحجور عليـه أو المرأة المتزوجـة حق الطعن فى تعهداتهم بسبب عدم الاهلية فى غير الاحوال المنصوص عليها بالقانون ... » والمـادة ١٣٠٥ اذ نصت على ما يأتى : « ان الغبن البسيط lésion يبيح للقاصر غير المحرر non émancipé حق طلب الفسخ rescision عن جميع العقود التى تتعدى حدود أهليته .... » وهذه الطائفة تشير الى قابلية البطلان

والفضل فى تقرير هذه النظرية الثلاثية ونتائجها القانونية راجع الى الفقه الذى تأيد من بعض الوجوه بالقضاء

ومما تقدم نرى أن البطلان على ثلاثة أنواع بطلان مطلق، وبطلان نسبى، وبطلان معدم للعقد بتاتاً . ونرى من اللازم الآن بعد هذا البيان التاريخى وبعد هذه المقارنات أن نأتى بكلمة موجزة لكل نوع من الانواع الثلاثة المشار اليها وبيان أركانه وآثاره القانونية

٤ — فى أنواع البطلان

٢٥٦ — قلنا إن البطلان ثلاثة أنواع مطلق ونسبى ومعدم :

١ — فى البطلان المطلق : اذا جاء العقد مخالفا لنص يتعلق بالنظام العام كالرسمية فى عقود الهبة وعقد الرهن التأمينى والحلول بالرضاء فى القانون المختلط أو الدفع ضد العقد بسبب غير مشروع أى مخالف للآداب العامة ، أصبح العقد فى هذه الأحوال باطلا من تلقاء نفسه وبحكم القانون . ويسمى البطلان فى هذه الحالة بطلانا مطلقا

٢٥٧ — وما هى اذن مميزات[١] **البطلان المطلق** : يقول أغلب المفسرين بأن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج عنه أى أثر قانونى . وأنه لا حاجة الى رفع دعوى أمام القضاء للحصول على حكم يعطل من مفعول نتائجه

ولكن يرد على هذا الرأى أنه وان كان العقد باطلا بحكم القانون الا أنه من المحتم رفع دعوى للحصول على حكم ببطلان عقد باطل بطلانا أصليا [٢]

والتحتيم برفع دعوى يرجع الى أصلين معقولين يقرهما قانون المرافعات

أولا : لا يجوز للانسان أن يقضى حقه لنفسه بنفسه ولا يجوز الاعتداء على الغير فى سبيل تحقيق الحق

(١) caracteristique (٢) nullité radicale

ثانيا : يصح لكل عقد أن ينفذ بادىء ذى بدء [١] أى اذا ظهرت على العقد أمارات صحته عيانا وجب احترامه والأخذ به مؤقتا مادام أن الطاعن فيه لم يثبت عدم صحته

فاذا حصلت الهبة بعقد غير رسمى عن عين عقاراً كان أو منقولا أو عن مبلغ من المال وأصبح العقد باطلا فهل يجوز للواهب أن يسترد بالقوة العقار ويضع يده عليه ، أو يغتصب من يد الموهوب له المبلغ الموهوب ، أو يجب عليه الالتجاء للقضاء للوصول الى حقه ؟ لا يجوز ذلك بل اللازم رفع دعوى

ولكن القائلين بالبطلان المطلق من تلقاء العقد دون الحاجة الالتجاء الى القضاء يعترضون على هذا الرأى بقولهم إن الدعوى فى هذه الحالة لا ترفع بطلب الحكم ببطلان العقد بطلانا مطلقا بل هى ترفع باعتبارها دعوى تثبيت الملكية [٢] ان كان الموضوع عقاراً ، أو دعوى رد المدفوع بلا سبب [٣] ان كان المدفوع مبلغا

ولكن يرد على ذلك أنه وان رفعت الدعوى بطلب تثبيت الملكية أو رد المدفوع بلا سبب فانه لا يمكن الفصل فيها الا استناداً الى العقد فلا بد حينئذ من الحكم أولا ببطلان العقد بطلانا مطلقا ثم الحكم ثانيا بالملكية أو بالرد إذ الاتصال بين الاثنين اتصال لا يمكن فصله

٢٥٨ — اذا علم ذلك فما هى حينئذ خصائص البطلان المطلق ؟ هذه الخصائص هى :

١) يجوز لكل شخص ذى مصلحة فى البطلان المطلق أن يستفيد من هذا البطلان اما على شكل دعوى أو على شكل دفع فيها [٤] ففى عقد الهبة الباطلة يجوز لكل من العاقدين الواهب والموهوب له حق طلب البطلان المطلق ولا يجوز أن يدفع هذا الدفع بدفع آخر وهو « من سعى فى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه » لأن المصلحة العامة هنا فوق مصلحة الأفراد واذا وهب الواهب عينا بعقد

---

(١) provision est due au titre (٢) action en revendication (٣) action en répétition de l'indû (٤) exception

غير رسمي ثم باعها لشخص جاز للمشتري حق طلب بطلان الهبة بطلانا مطلقا . وإذا قاضى الموهوب له المشتري جاز لهذا الاخير دفع دعوى الاول ، بالدفع الخاص ببطلان الهبة بطلانا مطلقا

٢) ان العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يقبل التصحيح من قبل صاحبيه : ذلك لان فى التصحيح [١] تنازلا [٢] عن التمسك بسبب البطلان الذى عاب العقد . ومعنى ذلك ان الدعوى والدفع يملكهما شخص واحد وهو من يتنازل . ولكن هذا لا يصح بالنسبة للبطلان المطلق ولا أثر له فيه . اذ تنازل أو تصحيح أحد العاقدين غير مجد فيه لانه لا يجوز التنازل عن حقوق الغير . على أن التنازل هـذا لا يحتج به على المتنازل لان النظام العام، وهو الذى يرجع اليه فى أصل تقرير البطلان المطلق يأبى، الا ان يظل العقد باطلا [٣] لا يرتفع عنه أثر بطلانه ما دام انه لا يوجد شيء يعمل على ازالة البطلان

٣) وما دام ان التنازل غير جائز فكذلك ما يلحق بالتنازل . ويظهر ان التقادم ، أى مضى المدة وهو زوال الحق وانقضاؤه بمضى الزمن وهو ١٥ سنة (المواد ٧٦ / ١٠٢ مدنى و٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى و٢٢٦٢ فرنسى) ، لا يسرى على البطلان المطلق

٢٥٩ — ولكن القضاء الفرنسى يميز بين حالتين بشأن مضى المدة

الحالة الاولى : اذا رفعت الدعوى بطلب البطلان أى بالزام الخصم برد الاشياء الى المدعى بالحالة التى كانت عليها وقت تنفيذ العقد الباطل كما فى حالة الهبة الباطلة مثلا ، جاز للمحاكم فى هـذه الحالة ان تحكم بسقوط الدعوى بمضى المدة . وحجة القضاء الفرنسى فى مذهبه هذا ان نص المادة ٢٢٦٢ فرنسى عام مطلق . اذ هى تقرر بان كل حق عينى أو شخصى يسقط بمضى ثلاثين سنة فاذا مضت المدة حينئذ فلا تقبل الدعوى ألبتة . ويقول هذا القضاء فى هذا الشأن : « إن العقد الباطل لا يكتسب مع مضى الزمن وجوداً قانونياً [٤] بل كل ما يكتسبه بمضى الزمن هو

---

(١) confirmation (٢) renonciation (٣) caduc (٤) existence légale

أن يتأيد ويثبت فى وجوده المادى غير القانونى »[١]

الحالة الثانية حالة دفع الدعوى بدفع عند عدم تنفيذ العقد : فاذا وقع عقد بهبة باطلا ولم ينفذ فى ظرف ثلاثين سنة (حسب القانون الفرنسى) (و١٥ سنة فى القانون المصرى) ثم جاء الدائن وهو الموهوب له وطلب تنفيذ العقد الباطل جاز لخصمه وهو الواهب ان يدفع الدعوى قبله بالدفع الخاص بالبطلان المطلق لا بالدفع الخاص بسقوط الحق بمضى المدة لان المادة ٢٢٦٢ خاصة بالدعاوى لا بالدفوع[٢]

٢٦٠ — هذا بالنسبة للقضاء الفرنسى . وما هو الشأن الآن بالنسبة للقانون المصرى ؟ هل يجوز فقهاً تفسير المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى بنفس التفسير الذى فسر به القضاء الفرنسى المادة ٢٢٦٢ المناظرة لها ؟ أى هل يجوز القول فى القانون المصرى بان دعوى تنفيذ العقد الباطل بطلاناً مطلقاً تسقط بمضى المدة وهو ١٥ سنة (الحالة الاولى) وان الدفع بالبطلان المطلق جائز حتى ولو بعد مضى ١٥ سنة (الحالة الثانية)؟ أو بعبارة أخرى هل المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ خاصة بالدعاوى دون الدفوع أم تشمل الاثنتين

الذى نقول به انه اذا كانت المادة الفرنسية ٢٢٦٢ قاطعة فى انها خاصة بالدعاوى (دون أن تذكر شيئاً بالنسبة للدفوع) فان المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ المصرية قاطعة فى أن الالتزامات[٣] تسقط بمضى ١٥ سنة[٤] . ولم تتعرض المادة المصرية للدعاوى دون الدفوع . واذا كان كذلك فيجوز الاخذ بها فى الحالة الثانية باعتبارها دفعاً خاصاً بسقوط الالتزام بمضى ١٥ سنة لا دفعاً خاصاً بالبطلان المطلق. أما فى الحالة الاولى فالامر ظاهر أى يؤخذ فى مصر بما قرره القضاء الفرنسى

٢٦١ — واذا كانت نظرية البطلان المطلق. قد تقررت بالقانون المصرى، كما قررها أيضاً القانون الفرنسى، بمواد مبعثرة وبطريقة غامضة غير معينة فما هى حينئذ أداة التمييز أو الطريقة التى يرجع اليها لمعرفة الأحوال التى يكون فيها العقد باطلا بطلاناً مطلقاً ؟ الجواب أنه لا توجد طريقة معينة فى ذلك ويجب درس كل

---

(١) existence de fait س ، ١٨٨٥ ، ٢ ، ١٦٩ ومقال لابيه Labbé : ـ د ، ١٨٩٧ . ١ . ٢٥ ومقال سارو Sarrut . ـ س ، ١٨٩٦ ، ١ ، ٥٠ (٢) د ، ١٨٨١ ، ١ ، ١٠٨ . ـ س ٥ ١٨٨١ . ١ . ٢٩٧ (٣) obligations (٤) وترجمت كلمة obligations بالنسخة العربية بجميع التعهدات والديون . .

حالة على حدة .فاذا اتضح أن ركناً من أركان العقد ينقصه، ولوحظ بأن الشارع علق عليه أهمية عظمى بحيث جعله ركناً أساسياً للعقد ، فيعتبر العقد فى هذه الحالة باطلا بطلاناً مطلقاً . أى ينظر الى الارادة الضمنية للشارع أو الارادة المحتملة عند عدم التصريح بها .

٢ — فى البطلان النسبي

٢٦٢ — رأينا فى البطلان المطلق أن السبب فيه يرجع لنص فى القانون أى يرجع الى مخالفة لنص الزامى أو تحذيرى وكلا النصين يرجع للمصلحة العامة .

أما البطلان النسبي فأسبابه ما يأتى :

١) اذا شاب الافصاح عن الارادة أحد عيوب الرضاء وهى التدليس والاكراه والغلط والغبن فى بعض الاحوال .

٢) اذا كان أحد العاقدين مفقود الأهلية .

وقد راعى القانون فى تقرير هذه الأسباب حماية المصلحة الشخصية لا المصلحة العامة ، بمعنى أنه قرر بطلان العقد لا من طريق المحو والحذف بل من طريق جعل العقد مهدداً فى زمن معين بالزوال ، فالعقد باق ولكنه باق مع التهديد . أى ينفذ العقد طالما أنه لم يطعن فيه . فاذا طعن فيه صاحب المصلحة أبطل واذا لم يطعن ظل صحيحاً نافذاً. ومن هنا تظهر بعض الفروق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي. ويلاحظ مع ذلك انه وان اتفقا كما قررنا فى أنه لابد فى كليهما من الالتجاء للقضاء للحصول على حكم مؤذن بتأييد البطلان الا أن هناك فروقاً هامة لابد من بيانها ، وهى :

١) يجوز فى البطلان المطلق لكل ذى مصلحة حق طلب هذا البطلان . وأما فى البطلان المقيد فان الحق فى طلبه موقوف على أفراد عينهم القانون ينتفعون به من طريق الدعوى أو من طريق الدفع ليتمكنوا من رفع ما نزل بهم من الحيف والضرر

واذا لم يتحقق الضرر فالبطلان النسبي مع ذلك جائز [١] وأما العاقد الآخر المتمتع بكامل الأهلية فليس له حق طلب البطلان لان هذا البطلان لم يشرع له بل شرع لمفقود الأهلية [٢] . الا اذا كان العقد تبادلياً أي كان الالتزام فيه من الطرفين فان البطلان المحكوم به لمصلحة القاصر يبطل مفعول الالتزام المحمل به خصمه الآخر البالغ [٣] .

٢) العقود القابلة للبطلان ، أي الباطلة بطلانا نسبياً ، يجوز تصحيحها بعمل يصدر من صاحب حق البطلان . وفى التصحيح تنازل عن البطلان . وبه تعود الى العقد قوته ويعتبر كأنه خال من قبل عن كل شائبة (المادة ١٣٣٨ فرنسى) ويشترط فى التصحيح العلم بالعيب الذي يشوب العقد وأن يكون قد زال سبب العيب (المادة ١٣٠٤ فرنسى الفقرة ٢)

٣) تسقط دعوى البطلان النسبي بمضى المدة القانونية العادية وهى ١٥ سنة (المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى) الا اذا وجد نص يخالف ذلك مثل نص المادة ٢٩٦/٣٧٠ مدنى فى سقوط حق المشتري فى الفسخ وتنقيص الثمن بمضى سنة واحدة ، والمادة ٣٣٧/٤٢٠ مدنى الخاصة بسقوط الحق فى دعوى الغبن الفاحش بمضى سنتين من تاريخ سن الرشد أو وفاة القاصر بسنتين ، وشروط الغبن مقررة بالمادة ٣٣٦/٤١٩ مدنى فى أن يكون البائع قاصرا وأن يكون الغبن زائدا على خمس ثمن الصفقة [٤] والمادة ٤٠٩ /٥٠٠ مدنى بشأن مسؤلية المهندس المعماري والمقاول مدة ١٠ سنوات عن خلل البناء والمواد التجارية ١٩٤ / ٢٠١ بشأن الاوراق المالية و ١٥٤ / ١٦١ و ١٩٤ / ٢٠١ بشأن الكمبيالات و ٩٩/ ١٠٤ و ١٠٤ / ١٠٩ بشأن النقل

أما القانون الفرنسى فانه قرر بالمادة ١٣٠٤ أن الحق فى البطلان النسبي يسقط بمضى ١٠ سنوات الا اذا نص على مدة أقل من ذلك

---

(١) المادة ١٣١ / ١٩١ مدنى : « مجرد عدم الاهلية موجب لبطلان المشارطة ولو لم يكن فيها ضرر lésion . . . . » (٢) المادة ١٣٢ / ١٩٢ مدنى : « لا يجوز لذى الاهلية من المتعاقدين أن يحتج opposer بعدم أهلية من تعاقد معه بقصد ابطال المشارطة . » . و ١١٢٥ فرنسى فقرة ٢ (٣) دى هلس ج ١ ص ١٠٨ ن ١٢ (٤) وجرت العادة على تسمية دعوى الغبن action en rescision ولا تسمى action en nullité

٣ — فى البطلان المعدم

٢٦٣ — البطلان المعدم للعقود والعقود المعدومة واحد. ولقد سبق لنا أن رأينا البطلان المطلق راجع لعدم توافر شرط أساسى قرره القانون بالذات. وأن السبب فى العدم أي فى عدم وجود العقد بالمرة هو نقص فى أركانه الجوهرية لتكوينه . فعدم الرسمية فى عقد الهبة يجعله مشوبا بالبطلان المطلق ، وعدم حصول الرضاء من البائع فى عقد البيع يجعل هذا العقد معدوماً . وقد رأينا أنه لا يوجد محل للتفرقة من الوجهة العملية انما يقول بعض رجال الفقه بالتفرقة من الوجهة النظرية البحتة او المنطقية حيث يقولون فى حالة عدم حصول رضاء بعقد البيع ان العقد لم يولد بالمرة بل هو معدوم[1] ويقولون فى عقد الهبة العرفى أن العقد وجد ولكنه وجد مشوبا ، فالفرق بين العدم والبطلان المطلق كالفرق بين العدم والوجود

٤ — فى نقد نظرية البطلان الثلاثى

٢٦٤ — كان القضاء الفرنسى يجرى على عدم الأخذ بهذه التفرقة ولكن يظهر أنه أخذ بها أخيراً[2] على انه مهما قيل بالوجاهة فى دقة هذه التفرقة فانه لا محل الاخذ بها للأسباب الآتية :

١) من الوجهة العملية لا يوجد فرق بين العدم والبطلان المطلق لانه لا بد فيهما من الحصول على حكم بالبطلان المطلق أو البطلان المعدم . فاذا حصل بيع بلا ثمن وجب على البائع رفع دعوى لاسترداد المبيع . كما اذا دفع شخص لآخر مبلغاً بلا سبب جاز للدافع[3] استرداده بدعوى يرفعها ضد القابض[4] اذا تعذر عليه التراضى وليس له حق أخذ حقه بالقوة . نعم وان كان الحكم فى البطلان المعدم ليس منشئاً للبطلان بل هو مظهر له أى مقرر له ، إلا أن الامر كذلك أيضاً بشأن البطلان المطلق فان الحكم به مظهر لا منشىء له . وفى الواقع فان الحال كذلك بشأن البطلان النسبى . اذ الحكم به أيضاً مظهر لا منشىء . أليس هذا كله نتيجة حتمية لهذه القاعدة المعروفة

---

(١) دهلس ج ١ ص ١٠٦ ن ٣ (٢) س ٣ ٠٩٠ ١ ٢٥٧ ومقال « تيسيه Tissier »

(٣) solvens (٤) accipiens

فى أن الاحكام مقررة للحقوق اى مظهرة لها لا منشئة لها ؟ ويستحيل أن يكون الامر على خلاف ذلك لان التنازع لا يكون الا حيث يوجد حق متنازع عليه . وحكم القاضى فى النزاع يجب ان ينصب على الحق المتنازع فيه . فكيف يجوز عقلا التنازع على لا شيء ثم الحكم بعد ذلك بشيء لم يحصل التنازع فيه ؟

فالاحكام جميعها مظهرة أى مقررة للحقوق لا مثبتة أى منشئة لها [1] ما عدا بعض استثناءات ، منها حكم مَرْسَى المزاد فانه يوقع البيع لمن رسا عليه المزاد

ويقول رجال الفقه من أنصار التفرقة الثلاثية ان البطلان المعدم يرجع لحائل طبيعى [2] بخلاف البطلان المطلق فانه يرجع لحائل قانونى [3] . نعم ولو أن هذا الاصل فى البطلان موجود حقيقة إلا أنه ليس له أثر ما من حيث البطلان فى ذاته . وفى الحقيقة والواقع إن البطلان المعدم والبطلان المطلق يكاد كلاهما يؤدي معنى الآخر [4]

فاذا كانت النتائج العملية للبطلانين المعدم والمطلق هى واحدة وكانت اللغة القانونية عند الرومان تنصرف الى اعتبار بطلان العقد متمشياً على الحالتين ، فما هو اذن السبب فى هذه التفرقة بين البطلان المعدم والبطلان المطلق وكيف أتت ؟

مصدر هذه التفرقة شروط الزواج فى القانون الفرنسى . ذلك لان رجال الفقه من الفرنسيين قرروا قاعدة بديهية فى عقد الزواج وهى أنه لا يجوز الحكم ببطلان عقد زواج الا بنص صريح فى القانون . ولما كان من المحتمل وقوع أحوال خاصة من المحتم فيها تقرير بطلان عقد الزواج ، ولو لم يرد عنها نص ، بحكم البداهة فيها ، أراد رجال الفقه التفرقة بين الحالة الاولى التى سموها بالبطلان المطلق أي الذي يرجع لمحظور شرعى أو عائق قانونى ، والحالة الثانية التى سموها بالعدم أو البطلان المعدم أي الذي يرجع لمحظور أو حائل طبيعى .

هذه الطريقة التى اتبعها أنصار التفرقة الثلاثية قد أخذ بها القضاء الفرنسى كما

---

(١) قلنا الاحكام المظهرة والاحكام المنشئة وهو نص التعبير الذى قال به فقهاء الشريعة الاسلامية وهو ترجمة كلتى déclaratif و attributif (٢) obstacle naturel (٣) obstacle légal (٤) وكانت الحال كذلك فى لغة الرومان القانونية فاذا قالوا « باطلا » nullum est انصرف ذلك اما الى ان العقد باطل nul أو معدوم inexistant

ذكرنا بحكمه المشار اليه[1] وهي طريقة التفرقة بين البطلان المعدم والبطلان المطلق بالرجوع الى المحظور القانوني أو المحظور الطبيعي. وكان موضوع البحث القانوني المطروح أمام محكمة النقض الفرنسية بطلان عمل من اجراءات المرافعات وهو بطلان مزاد جبري سير فيه بواسطة أحد الافراد لا بواسطة وكيل من وكلاء الدعاوى[2] الامر المخالف للمادة ٧٠٥ مرافعات فرنسي. وهذا الاجراء المخالف للقانون باطل لا محالة. ولكن لا يوجد نص على البطلان. وفوق ذلك فان المادة ١٠٣٠ مرافعات تقرر من طريق آخر بأنه لا بطلان الا بنص في اجراءات المرافعات. فحكم القضاء الفرنسي بالبطلان المعدم نظراً لهذه الاعتبارات القانونية. ولكن كان في استطاعته الاخذ بنظرية البطلان الاحتمالي[3] التي قلنا بها في صدر هذه النظرية (ن ٣٦١) وهي البحث في معرفة ما اذا كان الشرط الناقص من الاركان الاساسية للعمل القانوني أم لا. فاذا كان منها قضى بالبطلان المطلق. ولا حاجة ألبتة الى القول بالبطلان المعدم، إذ أن الركن الناقص أساسي، سواء نص عليه القانون أم لم ينص. وإذا كان غير أساسي فلا يحكم طبعا بالبطلان. وهذا هو المعروف أيضا بشأن البطلان في أوراق المرافعات على وجه التقريب[4].

اما وقد انتهينا من التكلم على العقود فاننا نبين الآن الآثار المترتبة على هذه العقود. ونريد بالآثار الالتزامات الناشئة عن العقود.

ونقسم هذه الالتزامات الى قسمين. التزامات بسيطة والتزامات مركبة. ونبدأ باولاهما.

---

(١) س ٥ ٣٥ ٩٠ ٥ ١ ٥ ٢٥٧ (٢) avoué (٣) nullités virtuelles (٤) راجع فيه كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ٦٩٨ وما بعده و١٠١٣ وما بعده ومرافعات الدكتور عبد الفتاح السيد بك ص٣٥٠ ن٣٧٤ وما بعدها. وص٣٥٥ ن٣٨٢ وما بعدها.

فى الالتزامات الناشئة عن العقود

الالتزامات البسيطة

الاحكام العامة للالتزامات البسيطة

فى آثار الالتزامات البسيطة

٣٦٥ — الالتزام البسيط [١] هو ما تجرد عن كل تعقيد يتعلق بتعدد المتعاقدين وتعدد موضوع العقد وجعل الالتزام معلقا على شرط أو موقوفا على زمن. والالتزام المركب [٢] هو ما تحف به هذه المظاهر المختلفة من تعدد أوشرط أوزمن. وسنحصر الكلام الآن على الالتزام البسيط.

واثر الالتزام ينحصر فى أن يقوم المدين بما التزم اى بالشىء الذى تعهد به [٣] فاذا امتنع جاز للدائن الاستعانة بالسلطة العامة إما من طريق التنفيذ بالشىء ذاته [٤] أو من طريق التنفيذ بتعويض عند استحالة الاول وهو ما يسمى بالتنفيذ بالمقابل [٥] وللدائن حق اتخاذ وسائل احتياطية ورفع دعاوى حتى يمنع المدين من تبديد ماله اضرارا بدائنيه. وللدائن حق أخذ دينه من ثمن الاشياء المبيعة

وهناك التزامات ناقصة [٦] لا يستطيع معها الدائن الاستعانة بالتنفيذ الجبرى للحصول على دينه. وتسمى هذه بالالتزامات الطبيعية [٧].

فى التزام المدين
وفى آثار عدم الوفاء بالالتزام

٢٦٦ — يلتزم المدين إما باعطاء شىء وإما بعمل شىء وإما بالامتناع عن عمل شىء :

---

(١) obligation simple (٢) obligation complexe (٣) prestation

(٤) exécution en nature وأسماه الدكتور ابو هيف بك فى كتاب التنفيذ بند ٦ التنفيذ العينى وعرفه بانه عمل ما التزم به المدين بالذات أو الوفاء بما تعهد به المدين عينا

(٥) exécution par équivalent (٦) obligations imparfaites (٧) obligations naturelles

١) **الالتزام باعطاء شيء** [1] :الالتزام بالاعطاء ليس معناه الالتزام بالتسليم [2] بل هو تمكين الدائن من اكتساب حق عيني على الشيء وهذا الحق هو فى الغالب حق الملكية [3] . وكان القانون الرومانى يقضي كما يقضى به القانون الالمانى الآن بفصل الالتزام بالتسليم عن التسليم ذاته. أما الآن فقد قضى على هذه القاعدة اذ قررت المادة ٩١/ ١٤٥ مدنى و ١١٣٨ أن « التعهد باعطاء شيء ينقل ملكيته بمجرد وجود التعهد اذا كان الشيء معيناً ومملوكاً للمتعهد » اذ بمجرد الالتزام بتمليك أى حق عينى على الشيء سواء كان الحق العينى كاملا كالملكية أم أى حق عينى آخر (المادة ٩٠/ ١٤٦ مدنى) يصبح الدائن مالكاً . أى أن التزام المدين بالتمليك ينفذ بمجرد حصوله الا اذا كان معلقاً على زمن — ولكن يلاحظ مع ذلك المادة الاولى من قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ اذ قررت بأنه من الضروري تسجيل العقد الناقل للحق العينى العقارى حتى يكون حجة على طرفى العقد .

على أنه يجوز التعاقد الآن تعاقداً رومانياً أو ألمانياً . اذ تبقى العمليتان عملية الالتزام وعملية التسليم منفصلتين ، وذلك فيما اذا كان الشيء موضوع العقد غير معين الآن وأنه يعين فى المستقبل مع تعيّن نوعه وقت العقد [4] كما اذا تعهد زيد بتسليم بكر ١٠٠ قنطار قطن عند ظهور الزراعة . ولابد فى هذه الحالة من التسليم فى الميعاد حتى تنتقل الملكية تنفيذاً للعملية الأولى ، أو لابد من تعيين المبيع بالوزن أو بالمقاس [5] .

---

(١) obligation de donner (٢) livraison (٣) وكلمة donner تفيد المعنى الذى كانت تفيده الكلمة الرومانية dare (٤) in genere (٥) المواد ٢٤٠/ ٣٠٦ مدنى و ١٥٨٦ فرنسى فيما اذا كان البيع جزافا en bloc دون حصول وزن أو عدد أو كيل أو مقاس والمادة ٢٤١/ ٢٥٧ مدنى و ١٥٨٥ فرنسى فيما اذا كان البيع بالوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس فى المستقبل .

٢) الالتزام بعمل شيء [١] وهو الالتزام بالقيام باجراء عمل إيجابى خلاف نقل الملكية ، أى عمل مادى كبناء قنطرة أو ردم مستنقع ، أو القيام بعمل قانونى كتعهد المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر .

٣) الالتزام بالامتناع [٢] وهو أن يتعهد المدين بالامتناع [٣] عن اجراء عمل كانت له الحرية فى اجرائه قبل التقيد بهذا الالتزام . كتعهد بائع المحل التجارى بعدم فتح محل تجارى آخر بالقرب من الأول حتى لا يزاحم المشترى فيضره .

والالتزام بالاعطاء والتسليم يتم فى الغالب بعملية قانونية واحدة . أما الالتزام بالامتناع فهو التزام مستمر أو متتابع [٤] اذ يلزم المدين بالامتناع فى كل فرصة تسنح للامتناع . وكذلك أيضاً فى عقد الايجار فان المؤجر ملزم بتمكين المستأجر فى كل آن من الانتفاع ولو ان التزامه التزام بعمل . والتزام المستأجر أيضاً التزام متتابع اذ هو ملزم بدفع الايجار فى الاوقات المعينة

فى تحرر المدين من الدين

وفى نظرية الخطأ أو التقصير التعاقدى وفى نظرية الخطأ الرباعى

٢٦٧ ـ لا يتحرر المدين من الدين الا بالوفاء . فاذا لم يف بدينه أو تأخر فى الوفاء اعتبر مقصراً أى وقع فى الخطأ التعاقدى [٥] ويسمى هـذا الخطأ أو التقصير بتعبير أصح تقصير المدين أو خطأه [٦] فاذا لم يف المدين بدينه جاز التنفيذ ضـده بواسطة السلطة العامة بالشيء نفسه ، والا أصبح مسئولا بتعويض يدفعه نظير الضرر الذى أصاب دائنه

٢٦٨ — **فى نظرية الخطأ الرباعية** : قال بها كوجاس [٧] وغيره من المتقدمين على واضعى قانون نابليون ورجعوا فيها الى موسوعات الرومان [٨] وقررها بوتييه أيضاً . وقسموا الخطأ الى أربع درجات : ١) التدليس [٩] وهو الخطأ التعمدى

---

(١) obligation de faire (٢) obligation de ne pas faire (٣) s'abstenir (٤) obligation successive (٥) faute contractuelle (٦) faute du débiteur (٧) Cujas (٨) Digeste (٩) dol

أو الخطأ السيء ـ ٢) والخطأ الجسيم [١] وهو التقصير الناشيء من أن الانسان لا يعنى عند قيامه بعمل للغير العناية التى لا تفوت عادة الاشخاص قليلى العناية أو البله عند قيامهم باعمالهم هم أنفسهم. ويشبه هذا التقصير الخطأ التدليسى ويلحق به ـ ٣) الخطأ الخفيف [٢] وهو أن لا يعنى الانسان عند قيامه بعمل يختص بالغير العناية التى تلحظ عادة فى الشخص العادى عند قيامه هو بعمله الخاص به ـ ٤) الخطأ الخفيف جداً [٣] وهو عدم قيام الانسان بالعناية التى لا تفوت الاشخاص الحريصين عند قيامهم بأعمالهم الخاصة بهم

ولقد قسم القائلون بنظرية الخطأ الرباعى العقود الى ثلاثة طوائف ـ ١) العقود المعقودة فى مصلحة الدائن خاصة مثل الوديعة فقالوا فيها بأن المدين وهو المودع لديه لا يسأل الا عن التقصير الجسيم ـ ٢) والعقود المعقودة لمصلحة المتعاقدين معاً كالبيع والايجار . وفيها يسأل المدين عن تقصيره الخفيف ـ ٣) العقود المعقودة لمصلحة المدين مثل عارية الاستعمال [٤] وفيها يجب على المدين أن يقوم فى تنفيذ التزامه بأتم العناية وأكملها

ولقد أشار القانون الفرنسى فى المادة ١٣٧ الى الأخذ بهذه النظرية الرباعية ، عند ما قرر الزام المدين الملتزم بالاعطاء ، بالمحافظة على الشيء حتى يتم التسليم ، وهذا الالتزام هو نتيجة طبيعية لالتزامه بالاعطاء ، ولذا لم يقررها الشارع المصرى . وقد أشارت هذه المادة الفرنسية الى أن العناية فى المحافظة على الشيء هى عناية رب الأسرة بشؤونه [٥] أى عناية المالك متوسط الذكاء والقدرة . فلا يصرف النظر فى التقصير الا عن الاغلاط العادية التى تقع عادة من مثل ذلك المالك . وأما ما زاد عليها فالمدين مسئول عنه ويلزم بالتعويض قبل الدائن . ويقال فى هذه الحالة بأن المدين مسئول عن التقصير الخفيف بوجه عام [٦] ويقول القانون الالمانى فى هذا الشأن بالمادة ٢٧٦ بوجود اهمال من قبل المدين [٧] فيما اذا لم يلاحظ شئون العناية العادية فى الاعمال الجارية

---

(١) culpa lata أو faute lourde (٢) culpa levis أو levior أى faute légère
(٣) levissima culpa أو faute trés légère (٤) prêt à usage أو commodat
(٥) un bon père de famille أو bonus pater familias (٦) culpa levis in abstracto
(٧) négligence (faute)

على أن قاعدة المسؤلية المقررة بالفقرة الاولى من المادة ١١٣٧ قد اعترتها استثناآت بالفقرة الثانية منها . ذلك انه يشترط فى عقد عارية الاستعمال أن يكون المستعير على عناية عظيمة بالشىء المستعار .

وقالت المادة الفرنسية : « ان الالتزام بالمحافظة على الشىء ، سواء كان الانفاق لا يرمى الا الى منفعة أحد العاقدين أم يرمى الى منفعة الاثنين معاً ، يلزم المكلف به بأن يقوم بجميع أنواع العناية التى يقوم بها عادة رب الاسرة فى شؤنه الخاصة به . — ويختلف هذا الالتزام باختلاف العقود أما نتائجه فيها فهى معينة بالفصول الخاصة بها .» وتقرر المادة ٤٦٨ / ٥٦٩ مدنى بانه مسئول عن تقصيره اليسير وهذه نتيجة لماقررته المادة٤٦٩ / ٥٧٠ مدنى فى أنه ملزم بحفظ العين المستعارة والاعتناء بصيانتها. أما المادة ١٨٨٢ افرنسية فانها تقول بمسئوليته فيما لو هلك الشىء فى حادث جبرى وكان فى استطاعته المحافظة عليه اذا استعمل ملكه الخاص . أو انه اذا لم يستطع إلا المحافظة على أحد الشيئين قد فضل ملكه عليها . ويحصل أحياناً فى تقرير المسئولية وتقدير مبلغ العناية أن يرجع فى ذلك الى نفس العناية التى يقوم بها الشخص ذاته فى أعماله الخاصة به [1] كما أشارت الى ذلك المادة ٤٨٢ / ٥٩٠ مدنى حيث قررت أن المودع لديه يتعهد بحفظ الشىء كما يحفظ أموال نفسه . وقررت مثل ذلك تقريباً المادة١٩٢٧ فرنسى إذ قالت بأن المودع لديه ملزم فى محافظته على الوديعة بنفس العناية التى يحافظ بها على ملكه هو

وإذا انعمنا النظر نجد أن الشارع لم يصب فى أخذه بهذه المسائل المختلفة التى أتت له من قبل الشارع الفرنسى . ذلك لان المدين فى الحقيقة ملزم بشىء واحد فى كل ذلك وهو تنفيذ ما التزم به . اذ الذى يحصل التساؤل فيه فى كل عقد هو « ما هو بالدقة موضوع الالتزام » ؟

ففى عقد الوديعة مثلا إذا قيل بأن المودع لديه لا يلزم إلا بقدر ما يعنى بعمله هو ، فهذا هو نفس ما اراده العاقدان وقت التعاقد وما انصرفت نيتها إليه . وعلى العكس من ذلك إذا قيل بأن المدين ملزم بوجه عام بالقيام بنفس العناية التى يقوم بها

(1) in concreto

عادة رب الاسرة فى إدارة أعماله الخاصة به فذلك راجع الى أن الدائن قد استند وقت العقد الى مثل هذا الالتزام . فاذا وقع تقصير[1] فى أداء الالتزام اعتبر المدين مقصراً وأصبح مسئولا

هذا ويلاحظ أن عدم القيام بتنفيذ الالتزام يجب فيه أن يكون راجعا الى عمل المدين بالذات[2] وربما كان هذا القول أصح مما تقدمه عند ما قيل بشرط الخطأ[3]

هـذا ويرى الشارحون الاستعاضة عن نظرية الخطأ الرباعية القديمة بالمبدأين التاليين

١) يعتبر المدين مخطئا أى مسئولا عن الضرر الحاصل للدائن اذا ظهر أن السبب فى عدم تنفيذه للالتزام انما هو بفعله هو

٢) وعلى العكس من ذلك لا يعتبر المدين مخطئا وبذا يفلت من المسئولية اذ تبين بأن عدم تنفيذ الالتزام راجع الى سبب أجنبى عنه

وهذا هو ما قررته المادة ١١٤٧ فرنسى . اذ قالت : « يجوز الحكم على المدين بالتعويض ، اذا وجد محل لذلك ، اما بسبب عدم تنفيذ التزامه أو بسبب تأخيره فى التنفيذ ، وذلك فى جميع الاحوال التى لا يقيم فيها الدليل على أن السبب أجنبى عنه وأنه ليس من عمله ، وعلى شرط أن لا يكون هناك سوء نية من جانبه »[4]

وربما قد يلاحظ على القاعدتين السابقتين أن هنـاك أحوالا يرجع فيها عدم التنفيذ الى فعل المدين نفسه ولـكنه فعل يقبل فيـه التسامح . وعلى ذلك فقد قرر القانون رفع المسئولية عن المدين أى أنه لا بد من اشتراط الخطأ لأجل تقرير المسئولية وهذه الاحوال اثنتان. احداها وردت بالمادة ٤٩٤/٦٠٣ مدنى و ١٩٣٥ فرنسى وهى التى قررت بان خلف[5] المودع لديه كالوارث اذا باع الوديعة بحسن نية أى وهو لا يعلم بعدم ملكية مورثه لها ، لا يلزم الا برد ما قبضه من الثمن أو التنازل عما له من الحقوق

---

(١) manquement (٢) fait imputable au débiteur (٣) المواد ١٢٤٥ و ١٦١٠ و ١٩٢٣ فرنسى و ٢٧٨/٣٤٩ مدنى اذ ذكرت فى هذه المواد كلمة « عمل المدين » fait وهى أوقع فى التعبير من كلمة خطأ المدين faute ولقد جرى القضاء على الاستناد فى عـدم المسئولية الى الحوادث الجبرية والقهرية والى تقصير الدائن نفسه (٤) انظر المادة ١١٩/١٧٧ مدنى فانها بهذا المعنى أيضا رغم ايجازها (٥) ayant cause

قبل المشتري . ـ وثانيتهما المادة ١٣٨٠ الخاصة بالمدفوع بلا حق [1] اذ تقول : « اذا استلم الشخص بحسن نية شيئا باعتباره دينا له ثم باعه فلا يلزم الا برد ثمنه » وهذا ما أجمل عنه بالمادة ١٤٥/٢٠٦ مدنى وهى التى قررت أن « من أخذ شيئا بغير استحقاق وجب عليه رده » [2] ولكن يرد على هذه الملاحظة السابقة أن السبب فى عدم الوفاء من قبل خلف المودع لديه ومن قبل مستلم الشىء هو سبب أجنبى عنهما أى بفعل صاحب الوديعة والمناول وهو عدم حيطتها : اذ الأول باهماله فى اختيار من كان مهدداً بالموت ، والثانى فى خفته فى دفع دين ليس مدينا به

فى عدم الوفاء لسبب خارج

عن ارادة المدين

١) فى الحادث الجبرى والقوة القاهرة [3]

٢٦٩ ـ قلنا إن المدين ترفع عنه المسئولية الناشئة عن عدم قيامه بالتزامه اذا كان راجعاً إلى سبب أجنبى عنه وهو براء منه . هـذا السبب إما أن يكون فعل الدائن نفسه أو حادثاً جبريا أو قوة قاهرة

١) **فعل الدائن نفسه** : كما اذا أهمل الدائن فى المحافظة على الشىء عند استلامه له فترتب على ذلك حصول بعض التلف له

الحادث الجبرى والقوة القاهرة : يراد بالحادث الجبرى [4] وبالقوة القاهرة [5] ما نصت عليه المادة ١١٤٨ مدنى فرنسى حيث قررت انه . « لا يكون هناك محل للتعويض والفوائد اذا منع المدين من الاعطاء أو من القيام بما هو مكلف بعمله ، أو من عمل ما هو محظور عليه ، بفعل قوة قاهرة أو حادث جبرى . » ولم

(١) paiement de l'indû (٢) والمفهوم ان المستلم accipiens يرد الشىء بالذات أو يرد ثمنه الى المناول له solvens اذا كان حسن النيـة . وأما اذا كان سيئها فتسرى عليه المادة ١٤٦/٢٠٧ مدنى . (٣) كابتان ص ٩ وما بعدها والهامش ١ . بلانيول ص ، ٨٠ ، ن ٥ ٢٣١ وما بعدها (٤) cas fortuit (٥) force majeure

تذكرهما المادة ١١٩/١٧٧ مدنى المقابلة لهابل اكتفت بقولها بأنه لامحل للتعويض اذا كان عدم الوفاء راجعا لتقصير المتعهد، أى خطئه أى انما كان خارجا عن خطئه أوما كان خارجا عن عمله هو، فلا يسأل عنه مثل فعل الدائن نفسه والحادث الجبرى والقوة القاهرة

ولقد أثارت عبارتا الحادث الجبرى والقوة القاهره أقلام الكاتبين ففريق وهو الغالب فيهم يرى فى الحادث الجبرى والقوة القاهرة معنى واحداً اى سبباً خارجاً عن إرادة المدين حال دون قيامه بالوفاء بتعهده الذى التزم بوفائه ويستندون إلى أن الشارع يستعمل العبارتين فى كثير من مواده بمعنى واحد وفوق ذلك فان النتيجة القانونية للعبارتين واحدة وهى براءة ذمة المدين

وقال فريق بأن القوة القاهرة تفيد أن الحادث الذى حال دون التنفيذ يرجع لقوة أجنبية عن المدين . وأما الحالة الجبرية فهى ترجع لسبب داخلى [1] أى راجع لحالة العمل الذى يقوم به المدين ولظروفه أي لسبب يرجع للشخص ذاته كحصول حادث للآلة البخارية أو تقصير من العامل .

وفريق يرى فى الحادث الجبرى استحالة تبعية فى التنفيذ [2] أى أن الحادث الذى منع المدين من الوفاء بتعهده إما بالرجوع إلى اعتباراته الخاصة به أو الرجوع الى مقارنته برب الأسرة العادى . بمعنى انه لو كان على ارادة صحيحة ومتينة لكان يتغلب على ما يعتوره من الحوادث وقت التنفيذ . وهذا هو ما يسميه الالمان بعجز المدين [3] وأما القوة القاهرة فهى الاستحالة المطلقة كما يقول الالمان أى الاستحالة الناشئة عن حادث لا يمكن مقاومته ولم يكن فى الاستطاعة التنبؤ بوقوعه من قبل كالعاصفة والزوبعة وزلزلة الارض والحرب والاوامر الصادرة من السلطة العامة [4]

والذى يلاحظ فى كل ما تقدم أن القوة القاهرة والحالة الجبرية يعفيان المدين من التعويض ويبرئان ذمته امام الدائن. وعلى ذلك يقول البعض بان التفرقة بين الاثنين تفرقة لا مبرر لها من حيث النتائج القانونية. وفى عدم التفرقة مطابقة للعدالة لانه لا يمكن مطالبة الرجل باكثر مما يطالب به الرجل العادى من الكفاءة العادية

(١) obstacle interne (٢) impossibilité relative (٤) impuissance
أنظر المادة ٢٧٥ فقرة ٢ من القانون المدنى الالمانى (٤) fait du prince

على أنه توجد أحوال نص فيها القانون الفرنسى على فائدة التفرقة بين الاثنين منها حالة براءة ذمة المدين بالقوة القهرية وعدم براءة ذمته بالحالة الجبرية. ذلك أن قانون حوادث العمل الصادر بفرنسا فى ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ قرر التزام رب العمل امام العامل عند وقوع حادث خاص بالعمل [١] أى اذا وقع الحادث بسبب خلل فى الآلات كانفجار المرجل أو تطاير قطعة من الحديد أو أى حركة للعامل تصدر منه على غير ارادته. واما اذا وقع الحادث بسبب فعل قهرى أى بسبب راجع للطبيعة كعاصفة أو غرق أو زلزال ارض فلا يصبح رب العمل ملتزما بشيء ما [٢] ويلاحظ أن قانون حوادث العمل يقرر المسئولية ليس فقط عند وقوع الحادث أثناء العمل بل ولمناسبة العمل أيضا كاصابة العامل من ضرب الجنود النار فى الهواء أثناء عمله [٣] وهناك احوال أخرى خاصة بالقانون الفرنسى فيما يتعلق بالايجار (المواد ١٧٧٢ و ١٧٧٣) واصحاب الفنادق (المواد ١٩٥٣ و ١٩٥٤)

وكذلك فى المتعهدين بالنقل [٤] فانهم يسألون فى حالة الحوادث الجبرية لا فى الحالات القهرية وذلك يرجع لسبب الاحتكار الذى ينفردون به دون غيرهم [٥] وترجع هذه القاعدة فى أصلها الى القانون الرومانى

٢٧٠ — وعلى كل حال يجب على المدين الذى يقول بعدم مسؤليته عند الحادث الجبرى أو القوة القاهرة أن يراعى ما يأتى :

١) يجب عليه اقامة الدليل على أن الحادث لم يكن من الممكن التنبؤ بوقوعه ولا معرفته قبل حصوله . ويكفى مطلقاً أن يقول المدين بانه لم يخطر على باله مثل هذا الحادث بل يجب عليه أن يقيم الدليل على أنه ما كان فى استطاعته ألبتة أن يمر بخاطره مثل هذا الحادث [٦] وحكمت بمثل ذلك محكمة النقض

---

(١) accident de travail (٢) د ٩١٢ ٥ ٥ ٥ ٣٢ (٣) د ٩١٨ ٥ ١ ٥ ٢٥ ومقال كابتان (٤) entrepreneurs de transport (٥) قارن المواد ١٧٨٤ مدنى فرنسى و ٩٢/٩٧ تجارى و ٩٧ و ٩٨ و ١٠٣ و ١٠٤ تجارى فرنسى (٦) والمرض البسيط لا يعتبر قوة قهرية : استئناف ١٦ مايو سنة ٩٤ م ت ق ٥ ٦ ٥ ٢٩٤ . — ومجرد ان تطرأ صعوبة على تنفيذ العقد لا يعتبر قوة قهرية : م ت ق ٥ ٢٨ ٥ ٢٦٠ . — استئناف ٣٠ مارس سنة ٩٢٢ م ت ق ٥ ٣٤ ٥ ٢٧٩ . — وكذلك زيادة الاسعار فى الاشياء : ٣٤ ٥ ٤٨١ ٠ — ٢٨ ٥ ١٥٥

الفرنسى [١] اذ قررت مسئولية المؤمن على نفسه [٢] فيما اذا اشترط عليه بعقد التأمين [٣] بأنه اذا لم يدفع القسط [٤] فى ميعاده سقط حقه فى الحال [٥] وثبت أنه لم يدفع بسبب اصابته بمرض القلب يوم الدفع فحكمت بسقوط حقه لأن المرض يمكن توقعه وقت العقد وأنه لا يمكن الحاقه بالحوادث التى يخرج التنبؤ بها عن مقدور العقل ليعتبر حادثا قهريا

٢) يجب أن يكون المدين قد منع من الوفاء بتعهده أى أنه قد وقع له حادث لا قِبَلَ له به وقت التنفيذ . [٦] ولم يمكنه التنبؤ به [٧] وقرر القضاء بأن الحرب والاضراب لا يعتبران فى ذاتهما [٨] من الحوادث القهرية الا اذا حالت دون التنفيذ بتاتا . وأما اذا جعل التنفيذ عسراً أو يحتاج لمصاريف زائدة فلا يعتبر من الحوادث القهرية [٩]

والمدين هو الملزم باقامة الدليل على وقوع الحادث الجبرى والقوة القاهرة وعلى استحالة الوفاء بالتعهد (المادة ١٣٠٢ فقرة ٣) وهذه المادة الفرنسيه هى النتيجة الحتمية للمادة ٢١٤/٢٧٨ مدنى و ١٣١٥ فرنسى اذ تقول : « على الدائن اثبات دينه وعلى المدين اثبات براءته من الدين . » كل ذلك تطبيق للقاعدة العامة القائلة بأن البينة على ادعى [١٠] لان الذى يدعى خلاف الحالة الطبيعية أو يقول بما يخالف الواقع عليه أن يقيم الدليل على مايدعيه . ولذلك يجب على المدين الذى يدعى باستحالة الوفاء أن يقيم الدليل على مايدعيه . فاذا ادعى المدين باستحالة الوفاء عليه أن يقيم الدليل على هذه الاستحالة

(فيما اذا ادعى المستأجر بان السبب فى تأخيره فى دفع الايجار عدم استطاعته سحب نقوده من المصرف المالى لسبب صدور منشور من السلطة العسكرية بعدم الفرق) . - استئناف ٣٠ يناير سنة ٩٢٤ م ت ق ، ٢٦ ، ١٩٢ (فيما يتعلق برداءة الجو حتى جعل نقل البضائع والتفريغ كثير الكلفة) والاوامر الادارية التى تصدر من السلطة العامة faits du prince تعتبر فى حكم القوة القاهرة ، مثل الدكريتات التى صدرت بتحديد زراعة القطن : م ت ق ، ٢٨ ، ١٠٠ و ٤٤٠ - ٢٩ ، ١٩٣ . استئناف ١٦ ابريل سنة ٩١٨ م ر ا ١٩ ص ١٤٥

(١) د ١٢٥ ، ٩١ ، ١ ، ١٨١ (٢) assuré (٣) police d'assurance

(٤) prime (٥) déchéance (٦) استئناف م ٨ فبراير سنة ٩١١ م ت ق ٢٣ ، ١٥٩

(٧) استئناف م ٢٩ ديسمبر سنة ٩٢٠ م ت ق ٣٣ ، ١٠٨ . - دى هلس ج ع ص ١٥٣ ن ٢٠ (٨) ipso facto (٩) د ٩١٧ ، ٢ ، ٣٣ ومقال كابتان استئناف م ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ت ق ٢٤ ، ٣٦٨ . - ٢٩ ، ١٥٧ . - ٢٩ ، ٥١٥ . - نقض وابرام باريس فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ مجلة المحاماة ٤ ص ٤٨٨ عدد ٣٨٢

(١٠) actori incubit probatio

هذا وليس بلازم دائما أن يقيم المدين الدليل القاطع على حصول الحادث الجبري والقوة القاهرة . اذ يجوز الاخذ بوقوع هذه الحوادث من طريق القرائن القانونية لانها تعتبر وقائع مادية[1] لا أعمالا قانونية [2] فاذا أقام المدين الدليل على أنه عُني بالشيء عناية رب الاسرة بعمله وثبت ذلك ترتب عليه وجود قرينة على وقوع حادث جبري أو قهري تسبب عنه التلف والضرر

٢) فى بعض الاحوال الاستثنائية الخاصة بمسئولية المدين

٢٧١ — الأصل أن المدين لا يسأل الا بقدر ما وقع منه وبشرط قيود القانون فيما يتعلق بالقوة القاهرة والحالة الجبرية . ولكن يحصل أن يتشدد القانون معه فى تقدير المسئولية فيصبح المدين مسئولا حتى عن الحوادث القهرية والجبرية وذلك فى حالة انذاره بالوفاء وعدم الوفاء بعد الانذار [3] (المادة ١٣٠٢ فرنسى) ونصها : « اذا كان الشيء موضوع الالتزام معيناً ومحققاً وقد تلف أو أصبح خارجاً عن التجارة أو ضاع الى حد الجهل بمعرفة وجوده مطلقاً ، فان الالتزام يصبح منقضياً ، اذا كان التلف أو الضياع بغير خطأ المدين وقبل أن ينذر — حتى لو كان المدين منذراً ولم يكن قد تحمل الحوادث الجبرية بنص العقد فان الالتزام مع ذلك يعتبر منقضياً اذا كان لا بد ان يتلف الشيء أيضاً فيما اذا سلم الى الدائن — ويلزم المدين باثبات الحادث الجبرى الذى يدعيه — ومهما كانت طريقة ضياع الشيء المسروق أو طريقة تلفه فان ذلك لا يعفى المدين من رد الشيء » . وكذلك فى حالة تحميل الشارع له بنتائج القوة القاهرة والحادث الجبرى [4] (المادة المذكورة) وحالة من استلم شيئاً بسوء نية باعتباره دينا له (المادة ١٤٦ / ٢٠٧ مدنى و١٣٧٩ فرنسى فى نهايتها) وأخيراً فى حالة ما اذا تحمل المدين فى العقد بمحض رغبته بنتائج الحوادث الجبرية والقهرية (المادة ١٣٠٢ المذكورة) وذلك لا يكون الا بنص صريح فى العقد [5] وقد يحصل أن يكون

(١) faits (٢) actes juridique (٣) mise en demeures (٤) أى risques

(٥) استئناف م ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ت ق ٥ ٣٠ ٢٠٩٥

هذا الشرط ضمنياً فى العقد كما يقع ذلك فى حالة العارية (المواد ٤٧٣ / ٥٧٦ مدنى و١٨٨٣ فرنسى) ومثل هذا الشرط بتحمل عبء الحوادث القهرية والجبرية صحيح ومشروع قانونا ، وكأن المدين ينتزع من نفسه أو ينصب نفسه مؤمنا[1] للدائن ضد الحوادث التى يمكن أن يخشى منها المساس بالدين [2]

٢٧٢ – وقد يعرض الاستثناء فى مسئولية المدين الى ما يتعلق بابرائه من المسئولية وذلك أن يتفق المدين مع دائنه بانه لا يكون مسئولا فيما اذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً الى عمل له . فهل يصح مثل هـذا الاتفاق ؟ وهل يعتبر فى نظر القانون مقبولا ؟

لقد اختلف الشارحون والقضاء فى صحة ذلك :

اذ ميز الشارحون بين حالة رفع المسئولية عن عمل الانسان نفسه وحالة التأمين ضد نتائج تقصيره ويراد بهذه الحالة الاخيرة التأمين على المسئولية [3] وهى شائعة فى الأحوال الاجتماعية الحاضرة . ويحصل فى تأمين أصحاب السيارات ضد الحوادث والوقائع التى تعرض لهم وتضر بالغير . وهى عملية قانونية صحيحة . وقرر الشارحون صحتها حتى لو أمَّنَ صاحب السيارة على تقصيراته الجسيمة أى خطئه الجسيم أوصاحب المصنع ضد أغلاطه الشخصية التى لا يصح التسامح فيها . ولقد غلت شركات التأمين فى الأمر حتى رضيت بجواز تأمين صاحب السيارة ضد الحوادث التى تقع منه وهو فى حالة سكر . وقد نقد الناقدون أمثال هذا التعاقد. على أنه يرد على الناقدين أن من يؤمن ضد نتائج تقصيراته أو أخطائه فانه فى الواقع لا يفلت بعقد التأمين من المسئولية. لان هذا العقد ينصرف فى الحقيقة الى أن المؤمن له يتعاقد مع الغير وهو المؤمن على أن يدفع هذا الغير مبلغ التعويض من عنده مقابل ما يقوم بدفعه المؤمن عليه من الأقساط المتفق عليها . وعلى هذا التفسير يصبح عقد التأمين صحيحاً لا يتعارض مع النظام العام . على أن هذا العقد هو فى مصلحة المجنى عليهم فى الحوادث لانه يضمن لهم الحصول بسهولة على ما يقضى لهم به من التعويضات فيما اذا أعوز صاحب السيارة .

(١) assureur (٢) كابتان ص ١٣ (٣) assurance de responsabilité

٢٧٣ — هذا هو ما ارتضاه القضاء وأيده الفقه فى غالبه . ولكن الخلاف اشتد فيما اذ تعاقد المدين مع دائنه على رفع مسئوليته ازاء من تقع عليه نتائج التقصير بالذات وهو الدائن . وهنا ميز القضاء الفرنسى بين الغش أوالخطأ الجسيم من جهة وبين الأخطاء الخفيفة من جهة أخرى . فأجاز النوع الثانى دون الأول باعتبار أن الأول يتعارض مع النظام العام [١] وربما كانت هذه التفرقة صحيحة فى ذاتها لانه ان سهل القبول بالتجاوز عن المسئولية فى خطأ خفيف كالتأخير فى الوفاء فانه يصعب الأخذ بالصفح مقدماً عن التدليس الذي يجري فيه المدين وهو محمى بشرط عدم الضمان ورفع المسئولية هذا ، ولأنه مهما كانت الحال فلا بد من قيام المدين بقسط ولو قليل من العناية عند الوفاء بتعهده ، ولا يجوز فى مثل هذه الحالة التجاوز له عن هذا القسط الضئيل من تلك العناية . وأما اشتراط الفرار من المسئولية بعامل التدليس فهو اشتراط لا قيمة لها بتاتاً [٢] وهو باطل بحكم القانون فى الالتزامات المعلق نفاذها على شرط إرادي أى يتحقق بمحض رغبة المدين [٣]

ولقد قرر القانون والقضاء فى بعض الأحوال عدم جواز اشتراط رفع المسئولية عن الأخطاء الجسيمة فيما اذا تفاوت العاقدان من حيث القوة والاثر فى الافصاح عن الارادة فى التعاقد بحيث يختل بينهما شرط المساواة فى العقد . حصل ذلك فى فرنسا بالقانون الصادر فى ٧ مارس سنة ١٩٠٥ المشهور بقانون رابييه [٤] حيث قرر هذا القانون عدم صحة الشرط الوارد فى عقود شحن البضائع بشركات السكك الحديدية بشأن عدم مسئولية الناقل عند الضياع أو التلف . هـذا هو حكم القانون بالذات أما القضاء فقد أخذ بهذا المبدأ فى غير ما شرع فيـه وقرر عدم صحة شرط اللامسئولية فى الأحوال المشابهة لما تقدم . اذ قرر بأن شرط اللامسئولية المأخوذ لمصلحة البلدية لمناسبة معرض عام لا يسرى على أصحاب المعرض ، اذا انصرف هذا الشرط الى رفع المسئولية عند حصول حريق أو تلف أو حوادث أو تبديد [٥]

---

(١) س ٧٦ ، ١ ، ٣٣٧ ومقال لابيه Labbé (٢) acte dérisoire (٢) obligation
sous condition purement potestative (٣) Rabier (٤) س ٩٠١ ، ١ ، ٤٠١ ومقال بيرو Perreau

ومما تقدم نرى أن السبب فى عدم الأخذ بشرط اللامسئولية راجع اما الى ارتفاع المساواة فى التعاقد بسبب الاحتكار وما يلحق به ، وإما الى النظام العام بما يتعارض معه من تأمين الاشخاص على تدليسهم وتغريرهم بالافراد [١]

حق الدائن وطريقة الوصول اليه

٢٧٤ — حق الدائن قبل مدينه يثبت بالوسائل القانونية وبالاوضاع المقررة فاذا تعذر عليه الحصول على حقه بالطريق الودى لزمه مقاضاة مدينه. واذا حصل على حكم نهائى بحقه فهو اما أن ينفذه بنفس الحق المعقود عليه أصلا اذا استطاع ذلك ، وإما أن يكون التنفيذ بالتعويض . والتنفيذ فى الحالة الاولى يسمى التنفيذ المباشر ، وفى الحالة الثانية يسمى التنفيذ بالمقابل

١) الحالة الاولى : التنفيذ المباشر

١ — التنبيه بالوفاء

٢٧٥ — يراد بالتنفيذ المباشر [٢] التنفيذ بالحق ذاته المعقود عليه بالعقد . فاذا وفى به المدين وديا انتهى الأمر. وإلا لزم الدائن التنبيه عليه بالوفاء [٣] أي انذاره .وله طلب حقه الاصلى والتنفيذ بأصل الشىء المعقود عليه [٤] وله فى هذه الحالة وسائل قانونية مرسومة له تختلف باختلاف الشىء كما أن له وسائل غير مباشرة [٥] يلتجىء

(١) ولا تنطبق المادة ٢٥ من لائحة نقل الركاب والعفش والبضائع والحيوانات الصادرة فى ٢٠ مايو سنة ٩٠٣ اذا ضاعت البضاعة (ولم تكن مؤمنا عليها) بخطأ جسيم من عمال المصلحة : استئناف ١٠ فبراير سنة ٩١٠ م ر ١ ٥ ١١ ص ٢٤٥ مجموعة عياشى ص ٣٦٠ ن ١٦٣٦ .— ولا تسرى ايضاً المادة ٢٥ المذكورة فى حالة السرقة سواء حصلت بمعرفة عمال امين النقل او بمعرفة الغير :استئناف ٨ يونيو سنة ٩٢٢ م ت ق ٣٤، ٤٧٤ . — وبوجه عام يصح الاتفاق على تحديد المسئولية بين مرسل الطرد وامين النقل : استئناف م ١٦ ابريل سنة ١٩٢٢ م ت ق ، ٣٤ ، ٢٩٨ . — وكذلك أيضاً بشأن تحديد مسئولية مصلحة البريد :استئناف ١٥ فبراير سنة ٩٢٣ م ت ق ٣٥، ٢٢٩ .— ومع ذلك يصح ايضاً شرط عدم الضمان risk-not الوارد بأوراق الشحن لمصلحة السكة الحديدية: استئناف م ١٩ ابريل سنة ٩٢٣ م ت ن ، ٣٥ ٥ ٣٨٦ — وفى هذه الحالة يسرى الشرط فى حالة الضياع والتلف ويلزم المدعى باثبات الخطأ الجسيم أى السرقة وغير ذلك : استئناف ٢ نوفمبر سنة ٩٢١ م ر ١ ٥ ٢٣، ص ١٦٠ عدد ١٠٣

(٢) exécution directe (٣) mise en demeure (٤) exécution en nature (٥) moyens indirects

اليها عند الحاجة ضمانا للوصول لحقه . كوسيلة الاكراه [1] وهى التعويض المالى الذي تقضى به المحكمة تهديداً للمدين أو تعويضا فى سبيل الضغط عليه لاجباره على الوفاء بتعهده من طريق الاكراه

٢٧٦ — فى التنبيه [2] على المدين بالوفاء : إذا لم يف المدين بما تعهد به وجب على الدائن التنبيه عليه . وهذا ما قضت به المادة ١٢٠ / ١٧٨ مدنى حيث قررت : « لا تستحق التضمينات المذكورة إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسمياً . » (انظر المواد ١١٣٨ و١١٣٩ و١١٤٦ فرنسى) وذلك لانه من المفروض هنا انه طالما ان الدائن لا يطالبْ بالوفاء فهو لا يقع به ضرر ما بسبب التأخير . وتزول هذه القرينة اذا قام الدائن باجراء عمل من الاعمال اللاقضائية [3] . وما دام انه لايقوم به فلا يعتبر المدين المتأخر فى الوفاء انه مقصر [4] . وتظهر حكمة التنبيه على الاخص فيما اذا لم يضرب موعد للوفاء . ولكن محل التساؤل فى حكمة التنبيه فيما اذا تعين وقت للوفاء . فلماذا يلزم الشارع الدائنَ بعمل هذا التنبيه من ماله ثم يحمل به المدين فى النهاية ؟ ألم يكن المدين عالماً من قبل بيوم الوفاء ؟ ونظراً لوجاهة هذا الرأى رأى بعض الشرائع الاخذ به اذ قرره القانون الايطالى (المادة ١٢٢٣ فقرة اولى) والقانون الالمانى (المادة ٢٨٤ فقرة ٢) وعلى هذا الرأى كان القانونيون الفرنسيون فى القرن السادس عشر والسابع عشر . ولكن أخذ بنقيضه فى القرن الثامن عشر كما قرر ذلك بوتييه ثم نقله عنه الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٤ (المادة ١١٣٩) [5] ونقله الشارع المصري سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣

---

(١) astreinte (٢) التنبيه لفظ مستعمل فى النسخة العربية من القوانين المصرية فى معان مختلفة مع أنه كان يجب قصره على المعنى المقصود منه قانونا وهو الطلب الحاصل على يد محضر بناء على سند أو حكم واجب التنفيذ ويقابله اللفظ الفرنسى Commandement. والانذار Sommation يختلف عنه فى كون صاحبه لا يستند الى سند أو حكم واجب التنفيذ وقد خلط مترجم القوانين المصرية بين الانذار والتنبيه فى مواقف عديدة واستعمل اللفظين مجتمعين فى بعض الاحوال للدلالة على معنى واحد (٣) acte extra-judiciaire (٤) د ٢٥٩٢ ، ١ ، ٢٥٧ ومقال بلانيول (٥) كابتان ص ١٥

١ — كيف يحصل التنبيه

٢٧٧ — قالت المادة ١٢٠ / ١٧٨ مدنى بان التنبيه يحصل بتكيف المتعهد رسمياً . وهذا التعبير فى النسخة العربية لم يرد فى النسخة الفرنسية، اذ ورد بهذه الاخيرة عبارة التنبيه[1] فقط ، أى التنبيه على المدين بانه متأخر فى دفع الدين. ولم تقل المادة بنصها الفرنسى ان التنبيه يحصل على يد محضر . وعلى ذلك يكون النص العربى قد أتى بشىء زائد عن النص الفرنسى . اما القانون الفرنسى فقد قرر فى المادة ١١٣٩ ان التنبيه بالوفاء[2] يحصل بانذار[3] أو باى عمل يضارعه[4] . وقال كابتان وكولين فى تفسير هذه المادة ان المراد بكلمة انذار[5] ان يكون الانذار حاصلا على يد محضر . ويقول كذلك أيضا بلانيول[6] . وان العمل الآخر الذى يلحق بالانذار ويشابهه هو التنبيه على المدين بالوفاء والا حجز عليـه حجزاً تنفيذياً على المنقول أو العقار[7] ورفع دعوى بالمطالبـة بالحق[8] . ويرى كابتان ان يضيف على ذلك أيضاً كل عمل يحكى فى قوته الانذار الرسمى على يد محضر ، أى كل ورقة صادرة من مأمور عمومى[9] وكانت دالة كل الدلالة على نية الدائن فى المطالبة بالدين . مثال ذلك الاشعار[10] الذي يسـلمه محصلو البلدية لمستأجر المنافع العامة ليطالبه بالدفع[11] . ويرى كابتان بناء على ذلك وبما يستفاد من كلمة انذار[12] الواردة بالمادة ١١٣٩ مدنى فرنسى ان الخطاب لا يعتبر انذاراً حتى ولو كان مسجلا بمصلحة البريد الا اذا اتفق الطرفان على ذلك بالعقد . ولـكن التعامل التجاري اباح قبول الانذار بالخطاب وبالبرقية أى الاشارة التلغرافية على شرط ان تكون صريحة فى طلبه الوفاء

---

(١) mise en demeure
(٢) mise en demeure
(٣) sommation
(٤) acte équivalent
(٥) sommation
(٦) ج ٢ ص ٥٧ ن ١٦٩
(٧) ويسمى هذا التنبيه والحجز commandement saisie
(٨) citation ou demande en justice
(٩) officier public
(١٠) avertissement
(١١) كابتان ص ١٥ ، د، ٩٣، ١، ٣٥٠ . س ٩٦٥، ١، ٥ ٣٢٤ ويقابله عندنا مايتركه محصل شركه النورا والمياه و محصل البلديات
(١٢) sommation

لذا علم ذلك فما هي اذن قيمة العبارة العربية الواردة بالنص العربي للمادة ١٢٠ / ١٧٨ المصرية والتي لم ترد بالنسخة الفرنسية وهي ان يكون الانذار على يد محضر اى انذاراً رسمياً ؟ لا نستطيع القول في مصر بما قاله كابتان وبلانيون بفرنسا لان النصين مختلفان، ولأن كابتان رتب على كلمة انذار (١) الواردة بالمادة ١٩٣٨ كل ما اراده من ضرورة تداخل المأمور الرسمي محضراً كان أو محصلا بلدياً . لذا يعمل القضاء المصري في بعض احكامه النادرة على اعتبار شكل الانذار غير مقيد بأي قيد رسمي . وعلى ذلك أجاز اعتبار الخطاب انذاراً محدثاً للآثار القانونية الصحيحة (٢) واننا لا نتردد في قبول هذا الرأى ما دام الشارع المصري لم ينقل الكلمة الفرنسية للانذار (٣) وهي تلك الكلمة التي تفيد الانذار على يد محضر والعمل في مصر يجرى على ضرورة الاخذ بالانذار على يد محضر مع أن ذلك غير لازم كما بينا

في آثار التنبيه

٢٧٨ ـ من آثار التنبيه بالوفاء ونتائجه القانونية أن هلاك الشيء (٤) يصبح على عاتق المدين من تاريخ التنبيه (المادة ١١٣٨ فقرة ٢ والمادة ١٣٠٢ فقرة أولى) بمعنى أنه اذا هلك الشيء بعد التنبيه بدون تقصير من جانب المدين فان هذا الاخير يتحمل الهلاك بالرغم من ذلك أي انه يجب عليه أن يدفع قيمة الشيء الى الدائن الا اذا قام الدليل بأنه رغم الانذار فان الشيء كان لا بد هالكا حتى ولو كان تحت يد الدائن وفي هذه الحالة لا يلزم بالثمن (المادة ١٣٠٢ فقرة ٢)

ونسارع الى ملاحظة أن هذه المسألة تتصل في بعض صورها بنظرية الهلاك التي تكلمنا عنها

ومن آثار التنبيه أن تتقرر مسئولية المدين بشأن التأخير في دفع الدين والمقصود بالدين هنا المعنى العام أي الالتزام

---

(١) sommation (٢) بوريلي ص ٩٠ تعليقا على المادة ١٧٨ المختلطة نبذة ٤ . ـ دي هلس ج ٣ ص ١٠٧ ن ١٩٨ . ـ استئناف م ٢٥ مايو سنة ٨٨ م ر م ٦، ١٧٤، ٣١ مارس سنة ٩٨ ، ١٠ ، ٢١٨ . ـ استئناف ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣٧٩ عدد ١١٩ وراجع أيضاً م ر م ، ١٣، ٥٧ - م ت ق ، ١٠ ص ٢٠٣ و ٢٠٤ (٣) sommation.
(٤) risques

ﺣ — الاحوال التي لا محل فيها للتنبيه بالوفاء

٢٧٩ ـ هناك التزامات لا تحتاج الى تنبيه رسمى بالوفاء بل تحصل النتائج القانونية للتنبيه بغير حصوله أي يعتبر المدين مقصراً لمجرد حلول الاستحقاق ووقت المطالبة أو الوقوف دون الوفاء . وهذه الاحوال هى .

١) الاحوال التى ترجع لطبيعة العقد

٢٧٩/١ ـ ١) **الالتزام بالامتناع** :بمجردمخالفة الحظر المأخوذعلى المدين يحل الوفاءحتما .وبذلك قالت المادة ١١٤٥ فرنسى . « اذا كان الالتزام خاصاً بالامتناع عن عمل فان الملتزم به يصبح مسئولا عن التعويضات والفوائد بمجرد حصول المخالفة منه » وهى تقرر قاعدة عامة يجب الاخذ بها

٢٧٩/٢ ـ ٢) الالتزام بالاعطاء أو بالعمل اذا كان الشيء الموعود باعطائه أو العمل الموعود بعمله لا يمكن حصولها الا فى وقت معين وهو الوقت اللائق لها . فاذا مرهذا الوقت ضاعت الفائدة المرجوة منهما (المادة ١١٤٦ فرنسى) كما اذا وكل شخص محامياً برفع استئناف عن حكم معلن ومضى ميعاد الاستئناف دون أن تعلن عريضته ، أو تعهد ممثل بتمثيل رواية مع فرقته فى ليلة احتفال معينة فلم يحضر ولم يمثل . هنا يحق التعويض دون الحاجة الى انذاره أى اثبات التأخير

ولقد عمل القضاء بهذه المادة ١١٤٦ فى أحوال أخري ظهرت فى مجال العمل ذلك أن صاحب مصنع اتفق مع متعهد بنقل البضائع على أن يقوم دائما بتصليح عربات النقل أولا بأول بحيث تكون صالحة للعمل فى كل وقت . فاذا لم يقم صاحب المصنع بالتصليح يوماً ما وترتب على عمله ضرر لحق بالمتعهد بالنقل جاز لهذا الاخير مطالبته بتعويض ولولم يسبق ذلك انذار من قبل المتعهد . وذلك كله يرجع الى أن الالتزام بالعمل هنا التزام متكرر متتابع ولامتسع من الوقت لعمل تنبيه [1]

(١) د ٥ ١٢ ٩١ ٥ ١ ٥ ٤٨ ٠ ـ س ٥ ١١ ٩١ ٥ ١ ٥ ٣٣٦

وكذلك أيضا لا محل للانذار فيما اذا كان المدين بالشيء قد اتلف الشيء واستحال بذلك تنفيذ تعهده

٢٧٩/٣ — ٢) **حالة السرقة** : السارق لا يحميه القانون ولا يرعاه بالتنبيه . وعمله نفسه منذر له لانه عمل غير مشروع . فهو مسئول حينئذ عن رد الشيء أو ثمنه مهما كانت طريقة ضياعه أو التصرف فيه . دون الحاجة فى كل ذلك الى تنبيه [1] وكذلك الحال بشأن من تسلّم شيئا على اعتبار انه دين له وهو يعلم انه ليس كذلك . وتقول المادة ١٣٧٩ فرنسى ما يأتى « اذا كان الشيء الذي صار تسلمه الى المتسلم غير مستحق له وكان عقارا أو منقولا ماديا وجب على من استلمه أن يرده بعينه عند وجوده أو يرد قيمته اذا ضاع أو تلف بسبب تقصيره . وهو كذلك ضامن لضياعه فى الحادث الجبري اذا كان قد تسلّمه بسوء نية . » وهذا هو ما تقول به المادة ٢٠٦/١٤٥ مدنى و ٢٠٧/١٤٦ مدنى ويرجع ذلك كله الى أن ما وقع من الشخص المستلم [2] يشبه ما يقع من السارق فهو غير جدير بحماية القانون فى عمل انذار له

٢٧٩/٤ — ٣) : لا محل للتنبيه فيما اذا اتفق بالعقد على وجوب الوفاء بلا انذار (المادة ١٢٣٩ فرنسى المتقدم ذكرها) (وورود هذا الشرط شائع فى العقود بحيث أصبح من العبارات المألوفة التى تكتب بغير عمد) وعلى ذلك يستحق الدين بمجرد حلول الميعاد [3] واذا كان الدين مما يجب الوفاء به فى محل المدين [4] وهو القاعدة العامة للوفاء ، (المواد ٢٣٢/١٧٠ مدنى و ١٢٤٧ فرنسى) فان شرط عدم الانذار لا يعفى الدائن من مطالبة مدينه فى محل هذا الدين

٢٧٩/٥ — ٤) يستحق الدين فى ذمة المدين بلا حاجة الى انذار اذا كان الدين نتيجة جنحة أو شبه جنحة . لان تقصيره لا يشفع له فى التمتع بحق التنبيه

٢ — التنفيذ الجبرى وامكانه

٢٨٠ — اذا امتنع المدين عن الوفاء ودياً جاز للدائن التنفيذ عليه بواسطة

(١) المادة ١٣٠٢ فرنسى فقرة ٤ (٢) accipiens homine (٣) dies interpellat pro (٤) dette quérable

السلطة العامة إما بالحكم أو بالصورة التنفيذية للعقد الرسمي [١]. وفي التنفيذ إما أن يحصل الدائن على الشيء بالذات وهو الذي كان موضوع الالتزام وإما أن يحصل على تعويض وذلك عند الاستحالة. ولقد سبق أن رأينا أن الالتزام يكون إما بعمل شيء وإما بالامتناع عن عمل شيء

والالتزام عن عمل شيء إما أن يكون خاصاً بتسليم شيء، وإما بالقيام بعمل شيء من الاعمال المادية. فاذا كان خاصا بتسليم شيء فالمفهوم أن الملكية انتقلت فى الحال الى الدائن بمقتضى العقد طبقاً للقاعدة القانونية المقررة على خلاف القانون الرومانى والقانون الالمانى (المادة ٤٥/٦٧ مدنى و١١٣٨ فرنسى) وعلى ذلك يجوز للدائن استلام العين نفسها اذا وجدت (المادة ١١٨/١٧٥ مدنى) ولا يملك القاضى حق المساس بذلك مطلقاً. واذا علق نقل الملكية على شرط أو زمن وتحقق الشرط أو حل الزمن وجب الحكم للدائن بالعين نفسها وتسليمها اليه رغم ارادة المدين فى التسليم لان التعهد بالتسليم من قبل المدين فى وقت مستقبل لم يخرج عن كونه مظهراً اراديا [٢] يجوز أن يحل فيه القاضى محله، بأن يحكم بالنيابة عنه بالتسليم وكذلك الحال أيضا فيما اذا كان محل العقد شيئا معينا من حيث جنسه فقط [٣] ولا بد فيه من الوزن أو الكيل أو العد عقب العقد مباشرة أو بزمن. ففى هذه الحالة أيضا يحكم للدائن بهذا الشيء بعد وزنه أو كيله أو عده اذا تحقق وجوده حالا أو مستقبلا [٤] ويسمى هذا كله التنفيذ بالشيء نفسه [٥] أو التنفيذ العينى [٦]

هذا فيما اذا أمكن العثور على الشيء بالذات الذي هو موضوع الالتزام. ولكن اذا استحال العثور عليه بأن أضاعه أو أتلفه أو أخفاه المدين أو تصرف فيه فماذا يكون حق الدائن قبل مدينه ؟ فى هذه الحالة يستحيل الحق الى تعويض على مال المدين وهو ما يسمى بالتنفيذ بالمقابل [٧]

---

(١) grosse d'un acte notarié (٢) acte abstrait de volonté (٣) in genere

(٤) ويلاحظ بانه اذا كانت المادة ٢٤١/٣٠٧ مدنى تقول بانه لا يتم البيع فى هذه الحالة الا بالوزن أو الكيل أو العد فذلك يرجع فقط الى الهلاك وضمانه أى يكون هلاك الشيء على البائع قبل الوزن والكيل والعد (٥) exécution par nature (٦) كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٦ (٧) exécution par équivalent

هذا كله فيما اذا كان الالتزام منصرفا الى اعطاء شيء. وأما اذا كان الالتزام خاصا باجراء عمل مادي ففيه حالتان اما أنه يمكن للدائن نفسه تنفيذه هو على حساب مدينه بحكم يصدر له بذلك. وإما أنه يستحيل عليه ذلك لأن موضوع الالتزام متعلق بشخص المدين

ففي الحالة الاولى يجوز للدائن الالتجاء الى القضاء للحصول على حكم لأجل أن يقوم هو شخصيا بما سبق للمدين أن تعهد به. وفي هذه الحالة يلزم المدين بالمصاريف جميعها. فاذا التزم المدين باقامة حائط ولم يقمها جاز للدائن اقامتها على مصاريف مدينه. واذا التزم المدين بعدم اقامة حائط ثم أقامها جاز للدائن هدمها على مصاريف مدينه أيضا[1] وهذا ما تقوله المادة ١١٧/١٧٣ فقرة ثانية: « ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بازالة ما فعله مخالفا لتعهده مع الزامه بالمصاريف. وهذا وذاك مع مراعاة الامكان بحسب الاحوال » . (والمادة ١١٤٤ فرنسي خاصة بالشطر الاول من الفقرة المصرية هذه ــ والمادة ١١٤٣ خاصة بالشطر الثاني)

واذا كان التعهد خاصا بالقيام بعمل قانوني كالوعد بالبيع ولم يف المتعهد بما تعهد به جاز للقاضي أن يحكم بتوقيع البيع أي يحكم بالملكية للمشتري ويبيح له وضع يده على المبيع وقد جرى بعض القضاء المصري على اعتبار الوعد بالبيع أنه غير بيع بخلاف القانون الفرنسي (المادة ١٥٨٩) ولكنه باعتباره غير بيع فانه ينتهي الى كونه التزاماً في ذاته يكره عليه المتعهد به وينفذ عليه ان وجد الشيء او يحكم عليه بالتعويض عند عدم وجوده (كل هذا مع ملاحظة انه بعد صدور قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ الخاص بالتسجيل لا يجوز للقاضي ان يقضي بتوقيع البيع والالزام بالتسليم عند عدم تسجيل العقد)

٢٨١ ــ واذا كان التزام المدين يرمي الى عدم التعرض للانتفاع وخالف المدين تعهده جاز الحكم عليه بمنعه بالقوة، كما يحصل ذلك في عقد الايجار اذ المؤجر ملزم بحكم القانون أن يحمي المستأجر من تعرض الغير له، فمن باب أولى أن لا يتعرض له هو فاذا كان المؤجر لم يسلم العقار بعد الى المستأجر جاز للقاضي أن يحكم بالتسليم أي يقضي بما كان يقضي به المدين وديا

(١) راجع في اجراءات هذا الموضوع كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٧ والحاشيه ٥ في بند ٦

وأما اذا استحال على الدائن القيام بما تعهد به مدينه كما اذا كان التعهد خاصاً بتمثيل رواية فى حفلة انقلب الالتزام الى تعويض يطلبه الدائن الى القضاء ثم ينفذ به الدائن على مال مدينه · والاستحالة اما مادية كما فى حالة الممثل أو استحالة أدبية كتعهد ممثل بان لا يمثل خارج المسرح الذي يمثل فيه عادة . فاذا مثل جاز منعه بالفعل من التمثيل وفاء بالعهد المقطوع عليه · ولكن لما كان فى منعه من التمثيل معنى الاعتداء عليه والمساس بحريته الشخصية فلا يقبل مثل هذا التنفيذ ، بل يستعاض عنه بتعويض يقضى به للدائن[1]

وتقدير الاستحالة هذه تقدير موضوعى . والامر فيه متروك للقاضى يحكم طبقاً للظروف. وهذا ما تقول به العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية للمادة ١١٧/١٧٤ مدنى « وهذا وذلك مع مراعاة الامكان بحسب الاحوال . » فجاءت هذه المادة مؤيدة للغرض الذى كان يرمى اليه واضعو القانون الفرنسى تأييداً لما أخذ به بوتييه[2]

ومما مر يرى أن الالتزام بالاعطاء والالتزام بالامتناع لا يستحيل كلاهما إلى تعويض دائما أبداً . لانه قد يجوز التنفيذ بالأصل وعلى نفس الشىء موضوع الالتزام كما قررنا . ومحل التعويض الاستحالة المطلقة المادية والأدبية . وعلى ذلك تكون المادة ١١٤٢ الفرنسية قد ذهبت بعيداً فيما قررته اذ قالت : « كل التزام باجراء عمل أو الامتناع عن عمل يستحيل الى تعويض وفوائد عند عدم التنفيذ من قبل المدين » لان محل ذلك عند الاستحالة فقط كما قلنا

٢) الحالة الثانية . التنفيذ بمقابل
أو نظرية التعويض

٢٨٢ ــ ذكرنا فى الحالة الاولى ما يتعلق بالتنفيذ المباشر أى التنفيذ بالشىء نفسه ، وكل ما يرتبط به . ورجعنا فى ذلك الى المادة ١١٧/١٧٤ مدنى فقرة ثانية .

(١) قارن ما رواه للدكتور ابو هيف بك فى كتاب التنفيذ من ٨ حاشية ١ ص ١٧ نقلا عن جارسونيه ٤ بند ٨ ص ١٦ من ان محكمة السين فى فرنسا حكمت مرة بجواز الالتجاء الى السلطة العمومية لمنع ممثل من الظهور على مسرح حكم عليه بالامتناع عن التمثيل فيه (رواه لوران جزء ٢٦ نمرة ١٩٨) وقول الدكتور ان هذا مناف للقانون ، كما قررنا هنا .

(٢) وهو بوتييه الذى سمى أحوال الاستحالة بالالتزامات الخاصة بالاعمال الخارجية والجسمانية faits extérieurs et corporels

وقلنا انه اذا ستحال التنفيذ المباشر استحال الالتزام حينئذ الى تعويض [١] والذى نلاحظه قبل التكلم على التعويض أن الدائن هو بالخيار فى حالة عدم قيام المدين بتنفيذ ما تعهد به . وهو اما التنفيذ بنفس الشىء موضوع الالتزام واما المطالبة بتعويض. فله حق الاختيار بالمطالبة بأحد الاثنين . وهو لا يميل طبعاً الى المطالبة بأحدهما الا إذا وجد فيه مصلحة له (المادة ١١٧ / ١٧٤ مدنى فقرة أولى)

واذا كان التعويض خاصا بعدم تنفيذ الالتزام بتاتا سمى بالتعويض الكامل [٢] أما إذا كان خاصاً بالتأخير فى التنفيذ فانه يسمى بالتعويض عن التأخير [٣] والقواعد واحدة للنوعين بالنسبة الاصول القانونية . وأما من حيث التقدير فانهما يختلفان . وفى حالة التأخير فى التنفيذ يلزم المدين بالتنفيذ والزامه بالتعويض نظير التأخير . ولكن متى يصح المطالبة بتعويض ؟ وما هى شروط المطالبة به ؟

١ — شروط المطالبة بالتعويض

يجب توافر الشروط الآتية :

٢٨٢ مكرر — ١) يجب أن يكون التأخير أو عدم التنفيذ بسبب خطأ المدين والمدين مكلف بالاثبات مادام ان المسألة من المسائل التعاقدية. أي على المدين اذا أراد الافلات من التعويض الكلى أو الجزئى أن يقيم الدليل على أن عدم التنفيذ أو التأخير ليس بسبب تقصيره. وقال بعض الشارحين بأن التقصير هنا مفروض وجوده فى المدين أي يؤخذ بمبدأ قرينة التقصير وافتراض حصول الخطأ ما دام ان المدين لم يقم بالتنفيذ. ولكن يظهر أن فى بعض أجزاء هذا الرأي شيء من عدم الصحة . لان القاعدة التى يجب الرجوع اليها فى الاثبات هى المقررة بالمادة ٢١٤ / ٢٧٨ مدنى و١٣١٥ فرنسى . وهى الاثبات على من ادعى . فاذا كان الالتزام ايجابياً ولم يف به المدين وجب على هذا الاخير اقامة الدليل على أن عدم الوفاء راجع الى سبب خارج عن إرادته كالقوة القاهرة أو الحادث الجبري . واذا كان الالتزام سلبياً أي تعهد المدين بالامتناع عن

(١) اى ان التنفيذ المباشر هو الاصل ، سواء كان خاصا بعمل أو بالامتناع عن عمل . ولا يستحيل الى تعويض الا اذا مس الالتزام بشخصية المدين وحريته : ١٧ فبراير سنة ٩١٦ م ت ق، ٢٨، ١٦٢

(٢) dommages-intérêts compensatoires (٣) dommages-intérêts moratoires

عمل وخالف المدين تعهده وجب على الدائن اقامة الدليل على حصول المخالفة

٢) يجب حصول الانذار أي اثبات التأخير الا اذا اشترط بالعقد عدم حصوله

٣) يجب أن يكون هناك ضرر (١) قد لحق بالدائن . واذا كان الدين مبلغاً من النقود فلا يلزم الدائن باقامة الدليل على حصول ضرر له بل يحكم له بالفوائد بقوة القانون كما سيتضح مما يلي : — واذا انتفى الضرر فى حالة الالتزامات الاخرى غير التى يكون فيها التعهد بدفع مبلغ من المال فلا يحكم بتعويض. فاذا كلف شخص وكيله برفع استئناف عن حكم فرفعه بعد الميعاد ورفض قبول الاستئناف شكلا فلا يحكم بتعويض على الوكيل الا اذا حصل التأكيد أمام محكمة التعويض بكسب الاستئناف فيما اذا رفع فى ميعاده (٢)

وهناك شرط رابع يقول به الشارحون للقانون الفرنسى وهو انه لا يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض الا من باب الاحتياط (٣) اذ يجب عليه أن يطالب بالاصل أولا . فاذا تعذر التنفيذ بالاصل نفذ بالتعويض (٤) وعلى ذلك اذا طالب الدائن بالاصل فلا يجوز للمدين دفع الدعوى بتقديم مبلغ من التعويض (٥) . وحكم القاضى بالاصل يجب أن يكون شاملا الحكم بالتعويض عند استحالة التنفيذ بالاصل .

ولكن نسارع الى ملاحظة ان القانون المصري قرر قاعدة مخالفة لهذه القاعدة التى قررها الشارحون الفرنسيون اذ قرر بانه اذا لم يقم المدين بالوفاء بكل ما تعهد به جاز للدائن اما أن يطالب فسخ العقد مع الحكم له بتعويض (المادة ١١٧ / ١٧٣ مدنى فقرة أولى) واما الحكم له بالشيء نفسه اذا وجد (المادة ١١٨ / ١٧٤ مدنى) . وكذلك فى حالة البيع اذا تأخر البائع فى التسليم بعد انذاره فللمشترى حق المطالبة

(١) préjudice (٢) راجع بند ٤١٠ من كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك وقد ورد فيه بالذات ما يأتى: أهمل احد المحامين فى رفع الاستئناف ضد احد الخصوم المطلوب رفعه عليهم وطلب الموكل الحكم عليه بالتعويض بالنسبه لنصيب الشخص الذى لم يستأنف ضده فرأت محكمة الاستئناف ان ترفض الدعوى بناء على ان الموكل لم يكن من الممكن له ان يكسب الدعوى ضد الشخص الذى يعلن لان استئنافه ضد الباقين قد رفض بناء على عدم وجود الحق فيه ـ ١٦ فبراير سنة ١٩١٠ م ر ١، ١١ ص ٣١٦ رقم ١١٦ وامثلة اخرى وردت فى معرض بيان الشروط اللازمة لقبول الدعوى على العموم (٣) subsidiairement (٤) كولين وكابتان ج ٢ ص ٢٠ الطبعة الثانية سنة ١٩٢٠ (٥) offres satisfactoires

بالشيء المبيع مع التعويض نظير التأخير ، أو حق المطالبة بالتعويض الكلى (المادة ٢٧٨ / ٣٤٩ مدنى) ولكن القانون الفرنسي قرر بالمادة ١٦١٠ مثل ما قرره القانون المصري تماماً . وهو تعارض فى القانون الفرنسي لاحظه الشارع المصري فلم يقع فيه

هذا فيما اذا كان عدم الوفاء كلياً من الدين . وما القول فيما اذا كان جزئياً أى نفذ المدين البعض وترك البعض الآخر ؟ العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١١٧ / ١٧٣ مدنى تشير الى التعويض فقط عن الجزء الذى لم يحصل النفاذ فيه ولم تشر الى فسخ العقد . ولكن لا يمكن أخذ هذه الجملة على علاتها فى جميع الاحوال . لانه اذا كان التنفيذ الجزئى لا يأتى بالنتيجة المرجوة عند الدائن ، وأنه لولا التنفيذ الكلى ما كان الدائن ليتعاقد مع المدين ففى هذه الحالة يجوز حتماً للدائن طلب الفسخ مع طلب تعويض عن الكل . نقول بذلك أخذاً بما قررته المادة ٣١٠ / ٣٨٤ مدنى و١٦٣٦ و١٦٣٨ فرنسى فى حالة استحقاق بعض المبيع .

فى تقدير التعويض

٢٨٣ — لا يخرج التقدير فى التعويض عن الأحوال الاربعة الآتية :

١) إما أن يقدره القاضى بنفسه . وهذه هى الحالة العادية .

٢) وإما أن يقدره المتعاقدان بالذات فى عقدهما . وهذا ما يسمى بالشرط الجزائى .

٣) وإما أن يقدره القانون من قبل . وهذا يكون فى حالة التعويض عند تأخر المدين فى دفع دينه اذا كان مبلغاً من المال. والتعويض هنا يسمى تعويضاً عن التأخير .

٤) وإما أن يقدره القاضى على شكل تهديد أو مؤقتاً وهو ما يسمى بالتعويض التهديدى أو المؤقت أو وسائل الاكراه .

وفى جميع هذه الاحوال لا يخرج التعويض عن كونه مبلغاً من المال . وان كانت هذه القاعدة لم تتقرر بنص صريح فى القانون ولكنها مستفادة من نصوصه الكثيرة الخاصة بالتعويض .

١ — فى تعويض القاضى

٢٨٤ — رسم القانون قيوداً خاصة للقاضى عند تقدير التعويض وهذه القيود هى :

١) يجب أن يتناول التعويض الخسارة [١] التى عادت على الدائن [٢] (المادة ١٢١ / ١٧٩ مدنى و ١١٥٠ فرنسى)

٢) يجب أن يتناول أيضاً ما فات الدائن من الربح [٣] (المادة المذكورة)

مثلا اذا تعهد مزارع بتسليم تاجر ١٠٠ قنطار من القطن فى ميعاد موسم الأقطان وكان هذا التاجر متعهداً هو الآخر لشركة أجنبية بتوريد أقطان لها فى الميعاد ولم يورد المزارع القطن فاضطر التاجر الى الشراء من الغير وتوريد الأقطان للشركة الأجنبية. ففى هذه الحالة يرجع التاجر على المزارع بما يأتى : أولا بفرق الثمن بين ما اشترى به من المزارع وما اشترى به من الغير . ثانياً بما كان يربحه التاجر فيما لو ورد قطن المزارع الى الشركة .

٣) يجب أن لا يخرج التقدير عن الضرر الناشىء مباشرة من عدم الوفاء (المادة المذكورة) [٤] . وهناك مثل معروف يرجع اليه الشارحون المصريون ضربه لهم بوتييه ، وذلك أن تاجراً باع لمزارع بقرة مريضة وهو يعلم بمرضها ولكنه أخفاه على المشترى ولما اختلطت البقرة بأبقار المشترى سرت العدوى الى هذه الأخيرة فماتت فالبائع فى هذه الحالة مسئول عن موت الأبقار لان الضرر مباشر . ولكن اذا كان المشترى قد منع من زراعة أرضه بسبب موت الأبقار وحرم من الانتفاع بهذه الأرض وترتب على ذلك توقيع الحجز عليه من المؤجر فان البائع لا يسأل عن هذه الاضرار . لانها إضرار غير مباشرة . وذلك لانه ليس من المقطوع به حتماً أن تكون نتيجة فعل البائع . اذ كان يجب على المشترى لأجل عدم حصول الضرر هذا أن يستخدم مواشى أخرى يشتريها أو يستأجرها أو أن يؤجر أرضه للغير . وقد حكم

(١) perte (٢) damnum emergens (٣) gain ou lucrum cessans
(٤) conséquence immédiate et directe

القضاء الفرنسى فى حالة الضرر المباشر وغير المباشر فى مسألة طرحت أمامه . وذلك أن مزارعاً أوصى مصنعاً على عمل آلة بخارية زراعية فوصلته بواسطة السكة الحديدية ولكن أصابها بعض العطب بفعل السكة الحديدية . ولما جربت أمام المزارعين للمزارع الوصى عليها ورأوا أنها لا تدور كما يلزم رغبوا عن توصية المصنع فى عمل أمثالها . فرفع صاحب المصنع دعوى تعويض على شركة السكة الحديدية يطالبها بتعويض على نوعين : أولا التعويض نظير الضرر الحاصل بسبب العطب والتلف . وثانياً تعويضاً نظير ما أصيب به من الحرمان بالنسبة للآلات الأخرى التى كان ربما يوصى عليها المزارعون المجاورون . فحكم بالأول باعتباره مباشراً ورفض الثانى باعتباره غير مباشر [١] .

٤) يجب أن لا يخرج التعويض عما كان يمكن توقع حصوله عقلا وقت العقد اذا لم يكن هناك تدليس من جانب المدين (المادة ١٢٢/١٨٠ مدنى و ١٥١١ فرنسى) وهنا ضرب بوتييه المثل الآتى : أجر مؤجر منزلا يعتقد أنه يملكه وذلك لمدة ١٨ سنة ، وبعد مضى ١٠ سنين جاء المالك الحقيقى وانتزع المنزل من المستأجر [٢] فعلى المؤجر فى هذه الحالة أن يدفع للمستأجر قيمة ما صرفه فى النقل الى منزل جديد وما دفعه زيادة عن الايجار القديم . أما اذا كان المستأجر قد أعد المنزل الاول للتجارة وحاق به ضرر تجارى بسبب النقل فليس له أن يرجع بقيمة الضرر على المؤجر . وكذلك فيما اذا تسبب عن النقل كسر بعض المنقولات .

٢٨٥ — هذا ومما يتباحث فيه المفسرون معرفة ما اذا كان من الواجب على المدين أن يتوقع سبب الضرر [٣] أو كيانه [٤] وكذلك مقداره [٥] وقت التعاقد حتى يترتب عن ذلك للدائن حق فى التعويض [٦] فاذا أرسل مسافر حقيبته بالسكة الحديدية وضاعت بها وجب عليها أن تدفع قيمة الحقيبة وقيمة الملابس التى كانت بها . لأنها عند ما استلمت الحقيبة كان المفروض أنها تعرف نوع التعويض

---

(١) د ٩٨ ، ١ ، ٥ ١١٨٥ . - س ٩٧ ، ١ ، ٥ ٤١١ . - لابتان ص ٢٢

(٢) évincer (٣) cause (٤) nature (٥) quotité (٦) indemnisation

الذى ستدفعه فى حالة الضياع . ولكن اذا فرض وأقام صاحب الحقيبة الدليل على أنه كان بها مصاغ ذو قيمة عالية فهل تسأل السكة الحديدية عن ذلك كله بما فيه قيمة تعويض المصاغ ؟ قرر القضاء الفرنسى قديماً الاكتفاء بشرط التوقع عن سبب الضرر لا توقع مبلغ الضرر وقيمته وربما كان هذا الرأى مطابقاً للعقل والمنطق . نعم ان الاصل في التعويض أن يتناول ما وقع بالشخص المضار من الضرر برمته [١] . ومما يؤيد ذلك ما قررته المادة ٣٠٧/ ٣٧١ مدنى و ١٦٣٣ فرنسى بان قيمة الزيادة فى الثمن [٢] التى حصلت بعد تمام الصفقة فى البيع تدخل أيضاً ضمن التعويض الذى يلزم به البائع عند استحقاق المبيع للغير [٣] ومهما بلغت قيمة الزيادة فى الثمن ولو الى حد يستحيل معه توقعه من قبل [٤] . نعم أن صح ذلك من الوجهة المنطقية الا أنه ليس صحيحاً من الوجهة العملية ومن وجهة العدالة . ويجب الاخذ بنقيضه . وقد عين أحد أمبراطرة الرومان الحد الاقصى للتعويض فى مثل هذه الحالة بحيث لا يزيد عن ضعف الثمن . وجرى الشارع الفرنسى أخيراً على هـذا النحو اذ قرر بقانون ٨ ابريل سنة ١٩١١ أن أصحاب الفنادق لا يلزمون بتعويض أكثر من ١٠٠٠ ف بسبب ضياع نقود أو أوراق أو مصاغ المسافرين الذين لم يودعوا هذه الاشياء أمانة عند أصحاب الفنادق (انظر المادة ١٩٥٣ المعدلة بذلك القانون) . فاذا كان المبدأ التشريعى الرومانى هو وضع حد للتعويض وكذلك التشريع الفرنسى فى الوقت الحاضر أفلا يكون من العدل والقانون أيضا أن يقال فى حالة المسافر الذى أرسل حقيبته بالسكة الحديدية أنه قد أخطأ هو الآخر وقصر فى أنه لم يخبرها بالقيمة الاستثنائية للأشياء الثمينة الموجودة داخل الحقيبة ؟ العدل والقانون يقضيان بذلك . أما القانون فلأن هناك خطأ مشتركا [٥] وقع من جانب السكة الحديدية ومن جانب المسافر . وأما من حيث العدالة فان فى عدم التحديد خرابا عاجلا لمن جهل قيمة الشيء المرسل. ولقد أصاب القانون الالمانى عند ما أخذ بهذه النظرية الاخيرة (المادة ٢٥٤ فقرة ٢ من القانون المدنى الالمانى)

---

(١) damnum emergens (٢) plus-value (٣) éviction (٤) د ٩٠٤، ١٣٠٢٥٢ — س ٢٥٩٠٣، ٢٠٩ (٥) faute commune

أما القضاء الفرنسى فى الوقت الحاضر فقد عدل عن رأيه الاول وأخذ يخفف من وطأة شدته وجرى على الاخذ بالمذهب الثانى العملى العادل : ذلك انه قرر أخيرا [١] بانه لايجوز للمسافر أن يطالب السكة الحديدية بتعويض مقابل قيمة الاشياء التى كانت بحقيبته الضائعة اذا ظهر أن هذه القيمة أكثر بكثير مما يحمله مثله عادة ولأنه كان من الواجب عليه اخبار السكة الحديدية بهذه القيمة وقت الشحن خصوصاً وانه قد جرت العادة بان يكون لكل قيمة أجر يرتفع كلما ارتفعت القيمة

٢٨٦ — كل هذا فيما اذا كان التقصير المنسوب للمدين غير مشوب بالتدليس كما قررت المادة ١٢٢ / ١٨٠ مدنى و١١٥١ فرنسى أما اذا كان قد وقع التقصير بالتدليس فالمفروض من طريق الاستنتاج ان المدين يصبح مسئولا عن جميع التعويض ويحرم حينئذ من الشرطين الثالث والرابع أى يلزم بالتعويض غير المباشر وبالتعويض الذى لم يكن محتملا . ولكن الشارع احتاط للأمر ورأى أن فى اطلاق التعويض من هذين القيدين معاً أمراً مُذهباً للعدالة . لذا قرر الشارع الفرنسى بالمادة ١١٥١ بان المدين لا يلزم فى هذه الحالة الا بالتعويض المباشر فقط : قال : « حتى لو كان عدم تنفيذ الالتزام ناشئاً عن تدليس المدين فانه لا يجوز أن يتناول التعويض عن الخسارة التى أصابت المدين والكسب الذى حرم منه ، الا ما كان نتيجة مباشرة لعدم تنفيذ الالتزام » . أى ان المدين لا يلزم الا بالتعويض المباشر فقط لا غير المباشر ويحرم من حق الشرط الرابع .

وقال بعض الشارحين فى تعليل هذه التفرقة ان مسئولية الاول ترجع لنظرية المسئولية التعاقدية [٢] فالتعويض فيها خفيف . وأما مسئولية الثانى فانها ترجع للمسئولية الناشئة عن الخطأ [٣] والتعويض فيها جسيم . ويقول البعض الآخر بعدم صحة هذه التفرقة من الوجهة القانونية بين المسئوليتين . اذ المسئولية واحدة فيهما وأساسها العقد لان المدين مخطىء فى الحالتين فهو مسئول ما دام انه لم يقم بالعناية اللازمة فى مصلحة الدائن . أى انه مكاف فى الاصل بالعناية بالدائن ووقايته من الاضرار التى توقعت

---

(١) د ٥ ١٣ ١٩١١ ' ١ ٥ ١ ٤ ٣ ٠ - س ، ١٦ ٩ ١ ٥ ١ ٥ ١١٧

(٢) responsabilité contractuelle (٣) responsabilité délictuelle

وقت العقد أو التى كان يمكن توقعها وما كان مكلفاً لحمايته عن الاضرار التى لم يكن فى الحسبان التنبؤ بها [1] هذا فيما اذا كان حسن النية . أما اذا كان سيء النية وعمل من طريق التدليس ازاء دائنه فانه يصبح مسئولا عن جميع التعويض وبرمته لانه مسئول فى الاصل عن جميع الاضرار الناشئة عن عدم قيامه بتنفيذ التزامه اذ المدين ملزم فى الاصل أن يعمل دائماً بحسن نية قبل دائنه

٢٨٧ — أما الشارع المصرى فانه لم ينقل المادة ١١٥١ الفرنسية بل قرر قاعدة التعويض فى المادة ١٢٢ / ١٨٠ مدنى بشأن المدين حسن النية . وربما يستفاد من طريق الاستنتاج العكسى ان المدين سيء النية يحرم من الشرطين الثالث والرابع أى يصبح مسئولا عن الضرر غير المباشر وعن الضرر الذى توقع حصوله والذى لم يتوقع حصوله وقت العقد . وهذا لا يقبله العقل وتأباه العدالة . ويأباه أيضاً تفسير المادتين ١٢١ / ١٧٩ و ١٢٢ / ١٨٠ مدنى من طريق تكميل احداها للأخرى اذ ان المادة ١٢٢ / ١٨٠ لم تشر الا الى الشرط الرابع بشأن المدين حسن النية ، أى ان المدين سيء النية يحرم من هذا الشرط فقط . وأما الشرط الثالث وهو الخاص بمباشرة الضرر من أجل التعويض فلم تشر اليه وعلى ذلك فلا يحرم منه .

على أننا نقول بأن التفرقة هذه مسئلة موضوعية أكثر منه قانونية اذ انه مهما بلغت دقة الشارع فى رسم قيود للقاضى فى التعويض يقيده بها وقت التقدير فان لدى القاضى من حرية التقدير ما قد تزول معه هذه الموانع

---

(1) imprévus et insolites

فى تعويض العاقدين

أو فى الشرط الجزائى

§ ١ – كلمة عامة

٢٨٨ – الشرط الجزائى [١] هو التعويض الذى يشترطه العاقدان فى العقد ويقدرانه بنفسهما عند عدم القيام بتنفيذ الالتزام أو عند حصول التاخير فى الوفاء [٢]

وتلتجىء عادة الى هذا الشرط الجزائى المصالح الاميرية أو الشركات التجارية المكلفة بالنقل . تفعل ذلك مصلحة السكة الحديدية ومصلحة البريد وتقدر تعويضاً بلوائحها عند حصول الضياع بحيث لا يقبل تعديلا من طريق النزاع بينها و بين المرسل فيما بعد

وكذلك يلتجىء اليه صاحب المصنع أو رب العمل فى توقيع جزا آت مالية أى غرامات على كل من يرتكب مخالفة للوائح الداخلية للمصنع

ويرد هذا النص فى قوائم الشروط [٣] فى العقود الخاصة بالاعمال العامة [٤] وذلك بالزام من يرسو عليه المزاد [٥] بدفع غرامة مقدرة من قبل عن كل يوم يحصل فيه التأخير بالوفاء الكامل

وقد اعتاد الافراد أيضاً الاخذ بمثل هذا الشرط الجزائى فى أعمالهم الخاصة باشتراط التوريد فى مواعيد معينة وفى اعمالهم الخاصة بالعمارات أو المبانى ونحو ذلك

---

(١) clause pénale (٢) كابتان ص ٢٤ . – بلانيول ص ٨٨ ن ٢٥٣ وما بعدها وكالشرط الوارد بالعقد بانه فى حالة التأخير عن دفع قسط من الاقساط تحل الاقساط الاخرى فلا يعتبر شرطاً جزائياً يجب فيه الانذار بل هو شرط فاسخ : المحلة ٤ ديسمبر سنة ١٩١١ مر ١ ٥١ ه ص ١٩٥ واستئناف ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماه ٢ ص ٣٨٦ عدد ١٢٢ . انظر عكس ذلك كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م ر ١ ، ٢٠ ص ١١ وفيما اذا كان الشرط الجزائى يعتبر مقام العربون فى البيوع انظر طنطا الكلية ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٨٢ عدد ٥٢ . – وفيما اذا كان يعتبر عملا معلقاً على شرط انظر مصر الكلية ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٣٤٩ عدد ٢٧٣ (٣) cahiers des charges (٤) marchés des travaux publics (٥) adjudicataire

٢٨٩ — وربما يتبادر الى الذهن وجود شبه بين الشرط الجزائى المعروف فى القوانين الحاضرة والمشارطة على الغرامة [١] التى كانت معروفة عند الرومان . والحقيقة ان لا تشابه بينهما وذلك لان المشارطة على الغرامة الرومانية كانت مقررة بطريقة قانونية ذات اثر قانونى غير هذا الأثر المعروف الآن . إذ من المعلوم أن التعهد المجرد[٢] لا يحدث آثاراً قانونية عند الرومان الا اذا أفرغ فى قالب المشارطة[٣] بأوضاعها وقيودها المعروفة. لذا التجأ الرومان الى المشارطة على الغرامة [٤] حتى يرتبوا بذلك آثاراً قانونية للتعهدات التى لا يكون لها بدون المشارطة على الغرامة آثاراً قانونية فى نظر القانون المدنى الرومانى البحت [٥] فالمشارطة على الغرامة الرومانية لم تخرج حينئذ عن كونها وعداً أصلياً بالغرامة معلقاً على شرط [٦] فاذا تحقق الشرط وهو عدم القيام بالالتزام المرجوفى الاصل استحقت الغرامة . أما الشرط الجزائى فى الوقت الحاضر فليس له من التعليل الموضوعى والقانونى ما كان لنظيره الرومانى . اذ هو يرجع اليه باعتباره شرطاً عرضياً للعقد الاصلى ويقدر فيه التعويض الكامل [٧] أو التعويض التأخيرى[٨] تقديراً تقريبياً نظرياً [٩] بمعرفة العاقدين وقت انعقاد العقد. وهذا هو ما قررته المادة ١٢٢٩ مدنى فرنسى فقرة أولى بما يأتى : « الشرط الجزائى هو ما يقابل الضرر الذى يصيب الدائن بسبب عدم تنفيذ الالتزام الاصلى »

§ ٢ — فى اركان الشرط الجزائى وشروطه

٢٩٠ — اركان الشرط الجزائى هى : الخطأ والضرر

١) **الخطأ** :— لا يحل الشرط الجزائى الا بخطأ المدين لأنه لم يخرج عن كونه تعويضا مقرراً من قبل[١٠]. ويفلت المدين منه أذا أثبت قوة قهرية أو حالة جبرية . فاذا تعهد مزارع بتوريد ١٠٠ قنطار قطن لتاجر واشترط على نفسه شرطا جزائيا عن كل قنطار فى حالة عدم التوريد أو التأخير ثم جاءت آفة سماوية أو طبيعية وأكلت الزرع ولم

---

(١) stipulatio pœna (٢) promesse abstraite (٣) stipulatio (٤) stipulatio pœna
(٥) jure civile (٦) promesse principale de peine sous condition
(٧) dommages - intérêts compensatoires (٨) dommages-intérêts moratoires
(٩) évaluation forfaitaire (١٠) استئناف م ٢٣ فبراير سنة ٩٢٢ م ت ق ، ٣٤ ، ١٠٩٩

تبق عليه شيأ أو حالت دون نموه افلت من التعويض الجزائي . واذا تعهد رب مصنع بتوريد قاطرات فى مواعيد معينة ثم قام اضراب العمال فحال دون التوريد فى ميعاده فلا تعويض عليه أيضاً، على شرط أن يكون الاضراب حالة جبرية ولم يكن مسببا عن فعله وسوء تصرفه أى بتقصيره لأن الاضراب لايعتبر فى هذه الحالة حالة جبرية. وكذلك لاتعويض اذا كان السبب فى عدم القيام بالوفاء او فى تأخيره راجعاً الى نفس الدائن كما اذا اشترط مستخدم عند تاجر بأنه اذا أخرجه هذا الاخير من العمل ألزم بشرط جزائى قدره كذا . فاذا أخرجه التاجر لسبب مشروع كخيانته فلا محل للتعويض .

٢) **الضرر** — لاقيمة للشرط الجزائى الا عند حصول ضرر وسنبين ذلك حالا عند التكلم على قوة الشرط الجزائى ونفاذه على العاقدين .

٢٩١ — شروط الشرط الجزائى : وأما شروطه فتنحصر فى أنه لابد لصحة المطالبة به من إثبات التأخير على المدين . أى يجب على الدائن أن يكون قد أنذر مدينه بوجوب الوفاء اذا ثبت عليه التأخير (المادة ١٥٢/٩٨ مدنى و ١٢٣٠ فرنسى). وما دام أن الشرط الجزائى هو تعويض فقد وجب حينئذ أن تمشى عليه أحكامه [١]. وقد بينا ذلك فى مكانه

وهنا نلاحظ فروقا فى الوضع بين المادة ٩٨ مدنى أهلى ونظيرتها ١٥٢ مدنى مختلط والمادة ١٢٣٠ فرنسى وربما كان من شأن هذه الفروق فى الشكل فروقا فى الجوهر أى فى النتائج القانونية

اذ المادة ١٢٣٠ تقرر أن يكون تأخير المدين ثابتاً والمادة ١٥٢ مختلط لم تقل به ولكن عدم ورود النص عليه لايؤثر على ضرورة الوجوب فى الأخذ به لانه قاعدة عامة مقررة بالمادة ١٧٨ مدنى مختلط المقابلة للمادة ١٠ أهلى. وجرى القضاء المختلط على ذلك[٢] ولما جاء الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ رأى ، بعد تقرير القضاء المختلط سنة ١٨٧٥ ، أن ينص على الوفاء نصا صريحا بالمادة ٩٨ مدنى أهلى

(١) استئناف م ١١ يونيو سنة ٩٠ م ت ق ٢ ، ٢٨٧ — ٢١ ، ١١٩ . — مصر الكلية ٢٩ مارس سنة ٩٠٤ م ر ا ٥ ص ١٩٢ واعتبر هذا الحكم اعلان عريضة الدعوى بمثابة انذار .. (٢) استئناف م ٢٩ مارس سنة ١٨٧٧ م ر م ٢ ، ٢٢٣

٣ — الشرط الجزائى والالتزام البدلى

٢٩٢ — هل يعتبر الشرط الجزائى التزاما بدليا بالنسبة للمدين فيختار مايشاء الوفاء به ، إما الالتزام الاصلى واما دفع التعويض المقرر بالشرط الجزائى ؟ أم أنه التزام بالنسبة للدائن فيختار هو مايشاء ، إما طلب الالتزام الاصلى بالذات وإما طلب تعويض ؟ فى ذلك تفصيل سنبينه :

ورد بالمادة ١٥٢ مدنى مختلط الفقرة الآتية وهى لم ترد بالمادة ٩٨ مدنى أهلى هذه الفقرة هى : « . — . انما يجوز على الدوام للمتعهد منع هـذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الأصلى بتمامه ما لم يكن التعهد الجزائى منصوصاً على وجوبه لمجرد التأخير . » فبعد أن اشتركت المادتان ٩٨ أهلى و ١٥٢ مختلط فى جعـل الدائن بالخيار ان شاء طلب تنفيذ الالتزام بالاصل أو طلب تنفيذ الشرط الجزائى ، اذ انفردت المادة المختلطة بحكم جديد . وهو قطع خط الرجعة على الدائن فى هذا الاختيار وتعطيل مزيته لديه اذا فضل المدين تنفيذ الالتزام الاصلى دون التعهد الجزائى . وأول ما يلاحظ على هذا الشذوذ التشريعى بالنسبة للتشريع المصرى من الوجهة الشكلية هو سوء اختيار وضع هذه المادة المصرية ١٥٢/٩٨ اذ وردت بعد الالتزامات البدلية (١) الواردة فى المادة ٩٦ و٩٧/١٥٠، و ١٥١ وهذا ليس محلها كما لاحظ ذلك بحق « دى هلس » (٢) لان الالتزام البدلى هو الالتزام الذى يجعل المدين ملزماً بالوفاء بأحـد الشيئين أو أحد الثلاثة أو أكثر ، المبينة بالعقد . وينتهى الالتزام بهذا التنفيذ كما اذا التزم زيد لدى بكر إما بتوريد حصان وإما بدفع مبلغ ١٠٠ جنيه (٣)

---

(١) obligations alternatives (٢) دى هلس ج ١ ص ١٦٥ ن ١٦ (٣) وذلك بعكس الحالة فى الالتزام التخييرى obligation facultative وهو الذى يكون فيه محل العقد واحداً ولـكن يجوز للمدين مع ذلك ان تبرأ ذمته منه اذا وفى بشىء آخر . كما اذا تعهـد زيد لدى بكر بتوريد حصان ـــ ولـكن حفظ زيد لنفسه الحق فى ان يدفع مبلغ ١٠٠ جنيه اذا اراد أن لا يورد الحصان . ـ وأما الالتزام بالمجموع obligation conjonctive فهو ما يلتزم فيـه المدين بالوفاء بشيئين أو أكثر معاً ، كما اذا تعهد زيد لدى بكر بأن يورد له حصاناً ويدفع له فى آن واحد مبلغ ١٠٠ جنيه ـ كابتان ص ١٧٤ . ونلاحظ هنا اننا ترجمنا كلمة alternative بالبدلى وكلمة facultative بالتخييرى وهى الترجمة التى نراها تتفق مع الالفاظ الفرنسية . ولقد خالفنا فى ذلك فتحى زغلول باشا .

أما الالتزام مع الشرط الجزائى فلايسمى التزاماً بدلياً لان الجزاء [١] الوارد به لم يكن على اعتبار انه طريقة فى الوفاء بل هو مؤاخذة المدين [٢] على عدم قيامه بتنفيذ التزامه. [٣]

٢٩٢مكرر ـ هذا من الوجهة الشكلية وأما من الوجهة الفنية القانونية فان قطع خط الرجعة هذا على حق الدائن فى الاختيار بين طلب التنفيذ بالاصل أو التنفيذ بالشرط الجزائى ، قد جاء معطلا لهذا الحق الاختيارى بحيث يصبح المدين وهو نفسه صاحب حق الاختيارى ، ولا اختيار له لأنه يجوز للمدين اختيار التنفيذ بالاصل فى الوقت الذى يطلب منه الدائن التنفيذ بالشرط الجزائى

وقد جاءت هذه الفقرة بالقانون المختلط شذوذاً للقاعدة العامة الاصلية التى اتبعها الشارع المختلط والشارع الاهلى فى جعل حق الاختيار دائماً بيد الدائن سواء كان هناك شرط جزائى مقرر بالعقد من قبل كما فى المادتين ١٥٢ مختلط فقرة أولى والمادة ٩٨ أهلى أم لم يكن هناك شرط جزائى بالمرة كما ورد بالمادة ١١٧ / ١٧٣ مدنى . نعم وان كانت هذه الفقرة الثانية للمادة ١٥٢ مختلط تعتبر شذوذاً من الوجهة التشريعية فى القوانين المصرية من أهلية ومختلطة لورودها فى قانون دون القانون الآخر الا أنها فى مصلحة المدين الذى تجب حمايته وكان يجب أن ترد بالقانون الاهلى ولكن ما دامت لم ترد فيه فمن المستحيل تقريرها به

هذا ونلاحظ أن الشارع يميل الى التنفيذ بالاصل كما أباح ذلك للدائن بالمادة ١١٨ /١٧٥ مدنى . وقد سبق لنا أن لاحظنا أيضاً أن الفقه الفرنسى يرى ضرورة الزام الدائن بالمطالبة بالاصل فاذا أعوزه ذلك طالب بالتعويض

حيث ترجم هو العكس فارسل كلمة التخييرى للكلمة الفرنسيه alternative وارسل كلمة البدلى لكلمة facultative . ولذلك سمى الالتزامات التخييريه مانسميه نحن بالالتزامات البدلية . وسمى هو الالتزامات البدليه مانسميه نحن بالالتزامات التخييرية . ولكن التعريف لكل منهما صحيح عندنا وعنده وانما الخلاف فقط فى ترجمة الالفاظ الفرنسية . ولازلنا نعتقد بحق ان كلمة facultative تشير حتما الى الاختيار والتخيير بخلاف كلمة alternative فأنها تشير الى البدل على عكس ما ذهب اليه فتحى باشا . ـ شرح المدنى ١٥٦ ـ ١٥٧ . و ص ١٥٨ ، ١٥٩

(١) peine (٢) punition (٣) كما انه لا يعتبر التزاماً تخييرياً ولا التزاما بالمجموع

§ ٤ — فى قوة الشرط الجزائي و نفاذه على العاقدين

٢٩٣ — ينفذ الشرط الجزائى على العاقدين ولا يملك القاضى المساس به لا بالزيادة ولا بالنقص (المادة ١٢٣/١٨١ مدنى و ١١٥٢ فرنسى) وقد أخذت هذه القاعدة دوراً هاماً فى التشريع والقضاء هنا وهناك . فقررها القضاء فى مواطن عدة باعتبار أن العاقدين هما اللذان حكما بهذا المبلغ التقريبى الظنى وهما أدرى من القاضى بما يقع بهما من الضرر . وعقدهما هو قانونهما [1]

٢٩٤ — هذه هى القاعدة المقررة الآن تشريعاً وقضاء . ولكن جرى علماء القانون الفرنسى قبل سنة ١٨٠٤ على الاخذ بالرأى العكسى وأجازوا تعديل التعويض المتفق عليه بالعقد . وقال فى ذلك بوتييه بأنه من المعمول به فى زمنه انه اذا تبين بان الجزاء مغالى فيه [2] جاز تعديله بمعرفة القاضى . وحجته فى ذلك كما وافقه عليه أيضاً دومولين [3] « انه مما يتعارض مع طبيعة هذا الشرط أن يتعدى هذا الاخير الحدود الذى عينها القانون للتعويض . » ثم ختم ذلك بقوله ، وهو متأثر بعاطفة العدالة [4] بأن المدين وقت تعاقده يرضى فى الغالب بالمبلغ الذى تعين بمثابة شرط جزائى « وهو واثق فى نفسه ثقة كاذبة بانه لا يخل بما التزم به ، فهو يظن انه لا يتعهد بشىء عند ما يقبل هذا الشرط بالعقد » ولذا قالوا إنه من العدل تخفيض هذا التعويض التعاقدى عند الضرورة وكلما لوحظ فيه خروجه عن حد العدالة

٢٩٥ — وقد تأثرت بعض الشرائع الحاضرة بهذا الرأى الذى قال به بوتييه ودومولين فاجاز قانون الالتزامات السويسرى (المادة ١٦٣ فقرة ٣) والقانون المدنى الالمانى (المادة ٣٤٣ فقرة أولى) للقاضى حق تخفيض الشرط الجزائى اذا تبين له بانه مغالى فيه كما انهما اجازا له أيضاً حق الحكم للدائن بتعويض أكبر اذا كان تعويض الشرط الجزائى أقل بكثير من حقيقة الضرر الواقع (المادة ١٦١ فقرة ثانية من القانون السويسرى للالتزامات . والمادة ٣٤٠ فقرة ٢ من القانون المدنى الالمانى) ويلاحظ

---

(١) la convention fait la loi des parties المادة ١١٣٤ فرنسى (٢) peine excessive

(٣) Dumoulin (٤) équité

على هذا التشريع انه بهذه الاستثناآت قد قضى على قاعدة الشرط الجزائى اذ لا معنى لاشتراطه بالعقد اذا كان معرضا للزيادة والنقص

٢٩٥ مكرر – القضاء المصرى: اختلف القضاء المصرى فى احكامه: تارة يأخذ بالمادة ١٢٣/١٨١ كما هى فيقضى بالشرط المقرر بالعقد دون النظر الى أى اعتبارات أخرى تحقق الضرر أو لم يتحقق.[1] وطوراً لا يحكم بالشرط الجزائى الا اذ تحقق له الضرر وفى هذه الحالة ليس له حق تعديله[2] وآنا لا يحكم بتعويض ما الا اذا تحقق له الضرر اولا، وثانيا يعدل من قيمة الشرط اذا وجد ميزان التناسب مختلا بين هذا الشرط (أى التعويض الخيالى) وبين التعويض الواقع (أى التعويض الحقيقى) ولكل رأى أدلة يرجع اليها فى تقريره

٢٩٥/١ رأى القضاء المختلط فى دوائره المجتمعة: ولما اشتد الخلاف بين هذه الآراء المتناقضة وخيف منها أن تهيض له المادة ١٢٣/١٨١ مدنى عرض الامر على الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة طبقاً للقانون الصادر فى سنة ١٩٠٦ فقررت هذه الدوائر بتاريخ ٩ فبراير سنة ١٩٢٢[3] المبدأين الآتيين :

١) برغم تعيين قيمة التعويض بالعقد ومع كون هذا التعيين جاء فى صورة الشرط الجزائى فالقاضى مع ذلك أن يبحث عما اذا كان قد اصاب الدائن ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد أو لم يصبه ضرر ما. ولما كان القاضى ملزما فى الحالة الاولى بالحكم بالتعويض المقرر بالعقد دون المساس به زيادة أو نقصاً فانه يجب عليه فى الحالة الثانية أن يرفض الحكم بأى تعويض

٢) واذا كان التعويض مقدراً بالعقد عند عدم التنفيذ أصبح القاضى بمقتضى المادة ١٨١ ممنوعا من الحكم بمبلغ أقل الا اذا كان عدم التنفيذ خاصا بجزء من الالتزام

---

(١) كتاب قضاء المحاكم الاهلية ١٩٠٠–١٩٢٠ ص ١٧١ ن ٧٨١ م ت ق ٥ ١٩ ٥ ١٢٩ ٠ – بنى سويف الكلية فى ٢٥ يناير سنة ٩٢١ المحاماة ٢ ص ٣٤٩ عدد ١١١

(٢) قضاء المحاكم الاهلية ص ١٧١ ن ٧٨ . – م ت ق ، ١٢ ، ٣٤٩ . – ٢١ ٥ ٢٩٥ . – ٢٥ ٥ ٢٠٦ . – المنيا فى ٣ اكتوبر سنة ٩٢٢ المحاماة ٣ ص ١٨١ عدد ١٢٩ . – استئناف ١٤ مايو سنة ٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٣٣ عدد ٢٧

(٣) م ت ق ٥ ٣٤ ٥ ١٥٥

أى أن القضاء المختلط رأى الأخذ بالرأى القائل بضرورة البحث عما اذا كان هناك ضرر أم لا . فاذا تحقق الضرر وجب الحكم بالشرط الجزائى كله لا أقل . واذا انتفى الضرر فلا محل للتعويض . وحجة هذا الرأى (راجع أسباب الحكم المذكور) أن الشرط الجزائى تعويض فهو خاضع لسلطان القيود القانونية الخاصة بالتعويض أى أنه يجب معرفة ما اذا كان الضرر قد وقع فعلا أم لم يقع . لانه يستحيل على الشارع أن يكون قد أراد بالمادة ١٨١ مدنى مختلط أن يستحق التعويض مهما كانت الأحوال وقع الضرر أم لم يقع . ووجه الاستحالة أنه ليس من المنطق أن يقرر الشارع القاعدة الجزئية فى أن لا تعويض الا عند حصول الضرر ، ثم ينسب له فى وقت واحد أنه يقرر قاعدة أخرى على نقيضها وهى تعويض بلا ضرر أى التزام بلا سبب .

وهذا التعليل القانونى من جانب الدوائر المجتمعة المختلطة تعليل صحيح قانوناً لا غبار عليه . الا أن المسألة لم تطرح بعد أمام الدوائر المجتمعة الأهلية . وقد تأيد هذا المذهب بالقضاء المختلط فيما بعد[1] . وبالقضاء الاهلى لانه يظهر أنه قد تأثر به[2]

§ ٥ — فى خصائص الشرط الجزائي

٢٩٦ — هذه الخصائص هى :

١) — رأينا أن الالتزام مع الشرط الجزائى لا يعتبر التزاماً بدلياً كما توهم المادة ٩٨ / ١٥٢ مدنى وكما توهم المادة ١٢٢٨ فرنسى أيضاً . بل معنى الاختيار فيه أن الدائن فى حل من طلب الزام المدين بتنفيذ التعهد الأصلى أو الزامه بالتعويض كل ذلك فيما اذا كان المدين لم يقم بتنفيذ ما تعهد به أصلا . وهذا على خلاف القانون المدنى الألمانى الذي قرر فى المادة ٣٤٠ أن الالتزام مع الشرط الجزائى هو التزام بدلى[3] . ولكن ألا يلاحظ أن حق الاختيار المقرر للدائن ربما يتعارض مع ماقرره رجال الفقه الفرنسى — بالنسبة لقانونهم لا بالنسبة للقانون المصرى — من أنه عند عدم قيام المدين بتنفيذ تعهده لا يجوز للدائن مطالبته بالتعويض أولا ، وهو التعويض

(١) استئناف م ٢٣ فبراير سنة ٩٢٢ م ت ق ، ٣٤ ، ١٩٩ . — ٣١ ديسمبر سنة ٩٢٣ م ت ق ، ٣٦ ، ٧٥ (٢) استئناف ١٤ مايو سنة ٩٢٣ المحاماه ، ٤ ص ٣٣ عدد ٢٧ (٣) راجع تفسير هذه المادة الالمانية بترجمة القانون الالمانى والتعليق عليه بواسطة لجنة التشريع الاجنبية بوزارة الحقانية بباريس ج ١ ص ٤٨٦ — ٤٨٨

غير المقرر بالعقد بل الذى يقرره القاضى ، انما يجب عليه أن يطالب بالتعهد الأصلى أولا ثم يطالب بالتعويض على سبيل الاحتياط ثانياً [١] ؟ نمر على هذه الملاحظة سراعاً اذ لا نرى مسوغاً قانونياً يحظر الاختيار اذا كان التعويض غير مقدر بالعقد ثم يبيحه اذا تقدر بالعقد . ويخشى فى هذه الحالة أن يتصل الالتزام المصطحب بالشرط الجزائى مع الالتزام البدلى ، وهذا هو الذى وقع فيه الشارع المصرى عند ما أساء وضع المادة ٩٨ / ١٥٢ مدنى ، على أن الخوف من خلط الاثنين قد زال كما بينا ذلك فى مكانه

٢) لا يجوز الجمع بين طلب التنفيذ بالتعهد الأصلى وطلب الحكم بالتعهد الجزائى لان الالتزام مع الشرط الجزائى لا يعتبر من الالتزامات بالمجموع [٢] وذلك ما قررته المادة ١٢٢٩ فقرة ٢ فرنسى وهو حكم عام .

٣) فى الغاء التعهد الأصلى الغاء للشرط الجزائى . وليس فى الغاء الشرط الجزائى الغاء للتعهد الأصلى (المادة ١٢٢٧ فرنسى) وهو حكم عام أيضاً

٤) لا يقضى بكل الشرط الجزائى اذا حصل الوفاء ببعض الالتزام [٣]

٥) يصح الحكم بالشرط الجزائى وبتعويض اذا اشترط ذلك بالعقد [٤]

٦) الشرط الجزائى لا يحول دون طلب تعويض آخر غير مقرر فى العقد [٥]

٧) وان كان العقد قانون المتعاقدين الا انه يجب تفسيره بما يطابق اغراضها . فاذا اشترط بعقد ايجار أن مالك الأرض يصبح مالكا للزراعة عند نهاية الايجارة فلا يعتبر ذلك شرطاً جزائياً اذا لم يتحقق حصول ضرر ويعتبر الشرط باطلا [٦]

فى تعويض القانون

أو فى نظرية الفوائد أو التعويض عن التأخير

٢٩٧ — إذا كان أصل التعهد مبلغاً من المال ولم يقم المدين بالوفاء فى الزمن

(١) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٢٦ (٢) obligation conjonctive (٣) استئناف ١١ يونيو سنة ٩٠٨ م ت ق ، ٢٠ ، ٢٧٠ ــ استئناف ٤ ديسمبر سنة ٩١٢ م را ه ١٤ ص ٣٣ والشطر الثانى من حكم الدوائر المجتمعة المختلطة الوارد فى نبذة ٢٩٥ (٤) م ت ق ، ٢٢ ، ٢٩٠ (٥) م ت ق ه ٢٨ ه ٢١٥ (٦) استئناف ٢١ يناير سنة ٩٢٢ م ر ا ه ٢٤ ص ٥٣ عدد ٣٢

المضروب قضى للدائن بتعويض قرره القانون بنسبة واحدة مضطردة فى جميع الاحوال وهو ما يسمى بالتعويض التأخيرى [(١)] أو الفوائد [(٢)] وهذا التعويض هو على خلاف التعويض الكامل المادى [(٣)] ولكل واحد منهما قواعد واصول تخالف الأخرى . وقد تكلمنا عن التعويض الكامل

وقواعد التعويض التأخيرى وردت فى المواد ١٢٤ ـ ١٢٧ / ١٨٢ ـ ١٨٧ مدنى المعدل بعضها بدكريتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ والمادة ١١٥٣ فرنسى المعدلة بقانون ٧ ابريل سنة ١٩٠٠

§ ١ فى الاصول القانونية لنظرية الفوائد

٢٩٨ — الاصول القانونية المقررة لاجل المطالبة بالفوائد هى :

اولا اعفاء الدائن من اثبات الضرر أو القرينة القانونية التى لا تقبل دليلا عكسيا على حصول الضرر [(٤)] : لا يلزم الدائن باقامة الدليل على حصول ضرر له من جراء عدم دفع الدين فى ميعاده . ولا يقبل من المدين نفسه إقامة الدليل على عدم حصول أى ضرر ما للدائن أى ان هناك قرينة قانونية لا تقبل الدليل العكسى [(٥)] بل يجب الحكم بالفوائد على كل حال (المادة ١١٥٣ فقرة ٢) لان القانون قد جعل ذلك قرينة قانونية لا تقبل الدليل العكسى بأى حال من الاحوال . والسبب فى ذلك أن الدائن فى حرمانه من الحصول على مبلغه يتحمل حتما من الخسارة بقدر الفوائد لانه إذا حصل على دينه أمكنه وضعه فى أحد المصارف المالية ليستغله بالفوائد وهذا السبيل أقرب وسائل الاستغلال لديه ، إلا أذا استعمله فى طرق استغلالية أخرى [(٦)]

والمفروض هنا ان المدين مقصر أى أنه ارتكب جنحة التقصير أو الخطأ فى تأخير الوفاء . ولذلك يجوز له اقامة الدليل على أن السبب فى عدم الوفاء فى الميعاد راجع الى غير

(١) dommages-intérêts moratoires (٢) intérêts (٣) dommages-intérêts compensatoires (٤) Présomption irréfragable de préjudice (٥) présomption juris et de jure (٦) كابتان ص ٢٧ ـ بلانيول ص ٩٢ ن ٢٦٥

ارادته كما يحصل فى حالة قهرية أو حالة جبرية . وفى هذه الحالة لا يلزم بأى شىء على سبيل الفوائد

٢٩٩ ـ ثانيا التقدير فى التعويض عن التأخير نظرى أو تصورى أى تقريبى :
يرجع الشارع فى تقدير هذه الفائدة القانونية [١] الى الظن والتقدير التقريبى ولكنه تقدير دائم لا يتغير مطلقاً مهما بلغ الضرر الذى حل بالدائن . قل بذلك مشترعو فرنسا قبل وضع قانون نابوليون سنة ١٨٠٤ ومن بينهم بوتييه وحجتهم فى ذلك ان استغلال المبالغ المالية يحصل على طرق مختلفة وتختلف فيه المكاسب باختلاف طرق الاستغلال واستعداد الاشخاص والظروف . فاذا ترك أمر تقدير التعويض حراً فى كل حالة من الاحوال طال الجدل واصبح من الصعب الفصل فيه . لذا رأوا ضرورة تعيين هذه الفوائد بمقدار لا يتغير . وتقابل الفوائد مقدار ما كان يربحه عادة صاحب المال فيما اذا استغله فى مصرف مالى

على أن هذه القاعدة المتقدمة لم تبق على حالة واحدة بل اعترتها تعديلات جديدة قررتها بعض القوانين . وبيانه:

١) كان القانون المدنى المختلط الصادر سنة ١٨٧٥ يقرر بالمادتين ١٨٣ و ١٨٤ بان تقدير الفوائد المدنية والتجارية يرجع لمحض تقدير القاضى بحيث لا يتجاوز تقديره ١٢ ٪ وقرر فى المادة ١٨٥ أن الفوائد المتفق عليها بالعقد لا يجوز أن تزيد عن ١٢ ٪ دون ان تبين ما اذا كان ذلك خاصاً بالاحوال المدنية فقط دون التجارية . ولكن يفهم من هذا الاطلاق ان هذه الفوائد ١٢ ٪ عامة على الاحوال المدنية والتجارية معاً [٢] . وقرر فى المادة ٥٨٢ مدنى الواردة بباب عارية الاستهلاك والايرادات المرتبة بان الفوائد المتفق عليها لا تزيد عن ١٢ ٪

ولما جاء الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ ووضع القوانين الاهلية قرر فى المواد ١٢٤ و ١٢٥ ان الفوائد المدنية هى ٧ ٪ والفوائد التجارية ٩ ٪ ولا يجوز أن تزيد الفوائد المتفق عليها بالعقد عن ١٢ ٪ . وما دام ان الشارع لم يميز بين الاحوال التجارية والمدنية هنا فلا بد إذن ان تنصرف الفائدة ١٢ ٪ على الاثنتين معاً كما فى المختلط .

(١) Intérêt légal (٢) جرانمولان فى العقود ص ٢٩٧ ن ٩٧٠

وقرر الشارع الاهلى أيضا بالمادة ٤٧٨ كما قرر الشارع المختلط بالمادة ٥٨٢ فى ان الفوائد المتفق عليها فى عارية الاستهلاك لا تزيد عن ١٢ ٪

ولما جاءت سنة ١٨٩٢ رأى الشارع المختلط والاهلى ضرورة تعديل هذه الفوائد فقرر القانون المختلط الصادر فى ١٠ يوليو سنة ١٨٩٢ تعديل المواد المختلطة بأن جعل الفوائد المدنية ٥ ٪ والفوائد التجارية ٧ ٪ وأن لا تزيد الفوائد المتفق عليها بالعقد عن ٩ ٪ . وقد فعل مثله الشارع الأهلى إذ قرر القانون الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، أى فى السنة نفسها ، ما قرره القانون المختلط الصادر فى نفس السنة سواء بسواء . ولم يمس الشارع المختلط ولا الشارع الاهلى المادة ٥٨٢ مدنى مختلط والمادة ٤٧٧ مدنى أهلى ولم يجعل فيها الفوائد خاضعة لحكم قانون ١٨٩٢ أى لم يحدداها بمقدار ٩ ٪ . ولكن هل يترتب على صدور قانون سنة ١٨٩٢ وتعديله للفوائد بالمواد ١٢٤ / ١٨٢ مدنى و١٢٥ / ١٨٣ مدنى تعديلا ضمنياً للمواد ٤٨٧ / ٥٨٢ مدنى أو لا بد من نص صريح ؟ يقول واتليه [1] بمجموعته بان المادة الاخيرة قد تعدلت ضمناً بصدور قانون ١٨٩٢ .

أما القانون الفرنسى فقرر تعديل الفوائد القانونية المقررة من قبل ذلك بقانونه الصادر فى ٧ ابريل سنة ١٨٨٦ فجعل الفوائد القانونية المدنية ٤ ٪ والفوائد التجارية ٥ فى المائة وجعل الفوائد التجارية حرة من ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ وتعدلت الفوائد بفرنسا أثناء الحرب فجعلت ٥ فى المائة مدنياً و ٦ فى المائة تجاريا أى رجعت الى أصلها المقرر لها من سنة ١٨٠٧

٢) اذا كان الاصل أن القاضى لا يقضى بزيادة أو نقص فيما يتعلق بالفوائد القانونية مهما بلغ الضرر بالدائن ما بلغ [2] فانه مع ذلك يجوز فى بعض الاحوال الحكم بمبلغ أكثر من الفوائد القانونية وذلك فى الاحوال الآتية :

١ — فى حالة عدم دفع الكمبيالة (المواد ١٨٠ / ١٨٧ تجارى و١٧٨ فرنسى و١٨١ / ١٨٨ تجارى و١٨١ فرنسى) إذ أن ما يقضى به القاضى يجوز أن يشمل

(١) Wathelet (٢) د ، ٩١١ ، ١ ، ٢١٦ . - ص ، ١٩١١ ، ٥ ، ١٤٤ .

زيادة عن قيمة الكمبيالة وفوائدها القانونية. مثل ثمن التحويل الجديد[١] فى حالة الرجوع[٢] والمصاريف التى تحملها ساحب الكمبيالة الاصلية[٣]

٢ — فى حالة الكفالة قررت المادة ٢٠٢٨ فرنسى بانه يجوز للكفيل الذى دفع الدين ان يرجع على المدين ـ ١) باصل الدين وفوائده والمصاريف التى صرفها من ماله ـ ٢) بفوائد المبالغ هذه ـ ٣) بالتعويض نظير الضرر الذى أصابه بسبب الوفاء بالدين من ماله[٤]. ولو انه ليس لهذه المادة نظير بالقوانين المصرية الا انها تقرر قاعدة عامة لان التعويض هذا سببه التقصير أو الخطأ وهو مصدر جديد غير مصدر مُجرد التأخير فى الوفاء

٣ ـ فى حالة الشركة قررت المادة ٤٢٧/٥٢٠ مدنى و ١٨٤١ و ١٨٥٢ فرنسى بان الشريك ملزم بفوائد المبلغ الذى يجب أن يقدمه للشركة باعتباره نصيبه فى رأس مالها. ويجوز أيضا الزامه بتعويض فيما اذا أضر تأخيره فى الوفاء بمصلحة الشركة (المادة ٤٢٦/٥١٨ مدنى و ١٨٥ فرنسى)

هذا من الوجهة القانونية. ولكن القضاء الفرنسى مثله فى ذلك القضاء المصرى أيضا رأى الحكم أحياناً بتعويض مستقل غير التعويض عن التأخير. وذلك فيما اذا تبين أن المدين قد تأخر فى الوفاء عمداً وبسوء نية[٥] أو ارتكب خطأً جسيما وأنه لم يكن لديه عذر مقبول فى التأخير أو أنه ترتب على عدم وفائه بالدين فى الميعاد اشهار افلاس الدائن[٦]. وفى هذه الحال يعتبر المدين مقصراً وهو مسئول عن تقصيره هذا، وهو غير تقصيره العادى فى الوفاء، لأن التقصيرين متميزان ومختلفان وكلاهما يعتبر مصدرا مستقلا لتعويض خاص قائم بذاته

ولما رأى الشارع الفرنسى الفرصة سانحة له عند تعديل المادة ١١٥٣ سنة ١٩٠٠ فيما يتعلق بالفوائد، سارع الى تقرير هذه القاعدة القضائية بالقانون ذاته وقرر ما يأتى: «... ويجوز للدائن الذى أحدث له مدينه المتأخر فى الوفاء بسوء نية ضرراً مستقلا

---

(١) nouveau change (٢) rechange أو retraite (٣) tireur (٤) دى هاس ج ١ ص ٢٣٧ ن ٦٣ (٥) méchamment أى animo nocendi استئناف م ١٠ يناير سنة ٩٢٤ م ت ق؛ ٣٦ ؛ ١٤٤ (٦) (د، ٩٠٠، ١، ٠٨ ـ ص، ٩٨ـ١؛ ٢٣٨)؛

عن التأخير ، أن يطلب تعويضاً متميزاً عن الفوائد المترتبة على التأخير » أى أن القاضي يحكم فى آن واحد بالفوائد القانونية نظير التأخير المادى ، ثم يحكم بتعويض كامل نظير الاضرار الأخرى التى لحقت الدائن

ولكن ألا يرى من اطلاق نظر القاضى فى حرية تقدير التعويض فى حالة سوء النية مسوغا أى مضيعاً للمبدأ المقرر تشريعياً من قبل ومن بعد وهو تقدير التعويض عن التأخير تقديراً واحداً مستقراً على حالة واحدة؟ وفوق ما تقدم فان محكمة النقض الفرنسى ذهبت بعيداً أيضاً فى تفسير سوء النية االوارد بالتعديل الجديد اذ قالت بانه يشمل أيضاً نوعا من أنواع التقصير وهو الاهمال باعتباره شبه جنحة [١]

٣٠٠ — ثالثاً تحديد الفائدة المتفق عليها[٢] — كان القانون الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٤ يقرر حرية التعاقد على الفوائد كما قررها بشأن التعويض . ولكن سارع الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٧ الى تحديد الفوائد بالاتفاق وجعلها ٥ ./. مدنيا و ٦ ./. تجاريا وكان مدفوعا فى تعديله باعتبارات ترجع للنظام العام والاخلاق

وقد قام الاقتصاديون الاحرار[٣] فى القرن التاسع عشر فى فرنسا يطلبون الغاء قانون سنة ١٨٠٧ واعادة حرية التعاقد فى الفوائد كما كانت مقررة من قبل فى سنة ١٨٠٤ لأن فى تحديد الفوائد ما يتعارض مع قانون العرض والطلب [٤] اذ تأجير النقود أى استغلالها يختلف باختلاف الأمكنة والوسائل ومبلغ ما يحيط بها من ظروف الكسب والخسارة [٥] . وقد انساق الشارع الفرنسى وراءهم فى بعض ما طلبوه اذ قرر بقانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ الغاء الحد الاقصى فى المسائل التجارية ثم أبقاه فى المسائل المدنية . أى قرر حرية الاتفاق على الفوائد تجاريا وهو لا يخشى من ذلك خطراً نظراً للتزاحم القائم بين المصارف المالية الكبرى ، اذ من شأن التزاحم أن يميل المقترض نحو الجهة التى يراها أصلح له بحكم تعدد المتزاحمين . وجرى على عكس ذلك فى المسائل المدنية اذ يصعب على الفرد ، وهو الذى لم يتعود الاشتغال بالتجارة ، وعلى الأخص المزارع ، يصعب عليه العثور على مقرض ليقرضه . وربما

(١) د ، ١٩٠٣ ، ٤٠٧ . — س ١٩٠٥ ، ١ ، ٢٦٠ (٢) intérêt conventionnel
(٣) économistes libéraux (٤) loi de l'offre et de la demande (٥) risque

وقع على رجل مالى يقيده باغلال من حديد . ولما قامت الحرب الاخيرة قرر الشارع الفرنسى اعادة حرية التقدير فى الفوائد فى حلة التعاقد عنها مدنيا

أما الشارع المصرى فقد رأيناه قرر حرية الاتفاق على الفوائد بالعقود على شرط على أن لا تزيد عن ٩ فى المائة فى المسائل المدنية والتجارية المختلطة والاهلية . فاذا زادت عن ذلك وجب تنقيصها بمعرفة القاضى إما بناء على طلب المدين أو من تلقاء نفس القاضى لان ذلك ماس بالنظام العام باعتباره ربا فاحشاً

ورغم تحديد الفوائد القانونيــة فى المسائل التجارية وجعلها ٧ فى المائة بالقانون المصرى رأى الشارع المصرى مع ذلك اطلاق الحرية فيها فى حالة واحدة وهى حالة الحساب الجارى [1] التى يأتى الكلام عليها فى نبذة ٣٠٣

وقد أطلق الشرع المصري الحرية للمتعاقدين فى الاتفاق على أى سعر بدون أدنى تحديد فى حالة واحدة وردت فى القانون التجارى البحري فى المادة ١٤٩ أهلى ومختلط وهى حالة ما يسمى بالاقتراض البحرى [2] فان ظروفه تجيز الاتفاق على الفوائد ولو بسعر أزيد من السعر المقرر فى القانون

٣٠١ ـ ضرورة رفع دعوى للمطالبة بالفوائد : ذلك أن المادة ١٢٤/١٨٢ مدنى قررت بأن الفوائد لا تستحق الا من تاريخ المطالبة الرسمية أى رفع الدعوى [3] الا اذا قضى العقد أو الاصطلاح التجارى [4] بخلاف ذلك والغرض بالمطالبة الرسمية أى دعوى ترفع أمام القضاء . ولم يكتف الشارع بمجرد الانذار على يد محضر [5] أو باى شكل ما بل تشدد فى ذلك الامر باعتبار أن الدعوى أشد أثراً من الانذار البسيط . فعل ذلك الشارع المصري كما فعل الشارع الفرنسى بقانونه سنة ١٨٠٤ . ولكن الشارع الفرنسى عند ما عدل المادة ١١٥٣ بقانون ٧ ابريل سنة ١٩٠٠ عدل أيضاً هذا الشرط واكتفى

---

(١) compte courant راجع المادة ١٢٧/١٨٧ مدنى التى تقرر أنه يجوز أن يختلف قدر الفوائد التجارية فى الحسابات الجارية على حسب اختلاف اسعار الجهات وتنضم الفوائد المتجمدة للاصل فى الحسابات الجارية بحسب الفوائد التجارية

(٢) Contrat à la grosse أو Contracts of Bottomry and Respandentia

(٣) demande en justice

(٤) age commercial

(٥) simple sommation

بمجرد الانذار ويظهر أن حجته فى ذلك أن الشارع نفسه أباح استحقاق الفوائد القانونية بلا حاجة الى انذار أو دعوى فى مسائل عدة . وبذلك عاد الشارع الفرنسى الى ما كان قد قرره القانونيون الفرنسيون المعروفون قبل سن القانون سنة ١٨٠٤ وهو مجرد الانذار البسيط . أما الشارع المصري فقل ظل على قاعدته التى قررها من سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ وهى ضرورة رفع دعوى[1]

§ ٢ — فى الفوائد المركبة[2]

٣٠٢ — الاتفاق على الفوائد المركبة هو جعل الفوائد المستحقة بمثابة رأس المال[3] تربح هى الاخرى فوائدها القانونية . والقاعدة المنطقية أن الدائن عند ما استحق له الفوائد يضمها الى أصل المبلغ ويجعل الكل بمثابة مبلغ واحد . يربح الفوائد القانونية . وقد عملت العملية الحسابية عن ذلك فوجد أن المبلغ الذى يربح ٥ فى المائة وتضاف اليه فوائده كل سنة ثم يربح المجموع كرأس مال ، يتضاعف هذا المبلغ فى ظرف ١٤ سنة أى يصبح مضاعفاً لأصله أى بقدر الاصل مرتين . ومن هنا يرى خطر الفوائد المركبة على المدين الذى يخضع عادة لدائنه اذ هذا الاخير هو الذى يملى عليه ارادته فيرضخ له المدين وهو تحت سلطان الحاجة الصارخة . ويرضى المدين عن طيب خاطر بالارباح المركبة مادام أنه لا يدفع الفوائد فى أوقات استحقاقها والمدين لا ينظر بعيدا ولا يلتفت الى جسامة دينه الا فى أصله دون الفوائد

وقد اهتمت الشرائع من زمن قديم بأمر الفوائد المركبة فحرم جوستنيان الاتفاق عليها . وحرمته القوانين الفرنسية القديمة . ولما أباحت هذه القوانين القديمة الاقتراض بالفوائد أصرت على تحريم الفوائد المركبة .[4] أما القانون الفرنسى

---

(١) مع انه هو الاخر قد قرر الفوائد بلا دعوى فى بعض مواده : انظر المادة ٢٠٧/١٤٦ مدنى و١٣٧٨ فرنسى بشأن من استلم شيئا بدون حق ، والمادة ٥٢٠/٤٢٧ مدنى و١٨٤٦ و ١٨٥٢ فرنسى بشأن الشريك الذى لم يدفع نصيبه فى الشركة حيث لا دعوى ولا انذار والمادة ٦٤٦/٥٢٦ مدنى و ١٩٩٦ فرنسى بشأن الوكيل وما اشتغلت به ذمته من الدين نحو الاصيل ، اذ تستحق الفوائد من تاريخ التنبيه عليه تنبيها رسميا (٢) Anatocisme (٣) capitalisation

(٤) بلانيول ص ٦٦٠ ن ٢٠٩٨

الصادر سنة ١٨٠٤ فانه أباحه على شروط خاصة قررها حماية للمدين فقد جاء فى المادة ١١٥٤ أنه : « يجوز للفوائد المستحقة لرؤوس الاموال أن تربح هى الاخرى فوائد ، إما بدعوى أمام القضاء أو باتفاق خاص على ذلك . وعلى شرط أن تكون هذه الفوائد المنصوص عنها بالاتفاق أو المرفوع بها دعوى ، قد استحقت عن سنة كاملة على الاقل »

ولما جاء الشارع المصرى سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ قلد الشارع الفرنسى بشأن اباحة الفوائد المركبة بنفس الشروط التى قررها . إذ نص فى المادة ١٢٦/١٨٦ مدنى على أنه : « لا يجوز أخذ [1] ولا طلب [2] فوائد على متجمد الفوائد الا اذا كان مستحقا عن سنة كاملة . »

٣٠٣ — وتفسير ذلك أنه لا يجوز المطالبة بالفوائد المركبة الا بالشروط الآتية:

١) لا يكفى الانذار الرسمى فى طلب الفوائد المركبة بل لابد من رفع دعوى . وذلك نتيجة طبيعية للقاعدة العامة الخاصة بالمطالبة بالفوائد طبقاً للقانون المصرى . أما القانون الفرنسى فقد شذ عن قاعدته فى هذه الحالة . اذ قيد المطالبة بالفوائد المركبة بضرورة رفع دعوى أمام القضاء

٢) ان تجمد الفوائد وجعلها رأس مال لاجل المطالبة بفوائدها المركبة لايحصل الا اذا مضت سنة على الاقل . وعلى ذلك لاتستحق فوائد الفوائد قبل السنة أى لاتستحق بمضى الاقساط عن ثلاثة أشهر أو ستة أشهر . على أنه ليس لهـذا القيد أهمية كبرى لان تأخير المطالبة بفوائد الفوائد سنة كاملة لا يؤثر كثيرا على مضاعفة رأس المال فى مدة وجيزة اذ يصبح الضعفين بعد ١٤ سنة وبعض السنة بربح ٥ فى المائة . واذا تجمدت الفوائد شهريا واعتبرت بمثابة رأس مال وربحت أصبحت الضعفين بربح ٥ فى المائة فى ظرف ١٤ سنة إلا بعض السنة .فالفرق حينئذ غير محسوس. انما الفرق الحقيقى يظهر فى اعفاء المدين من تحمل مصاريف مطالبة الدائن له .

٣) لا تربح الفوائد الا اذا استحقت فعلا . وهناك مذهبان متعارضان فى هذا الشرط .

---

(١) perçu (٢) demandée

المذهب الاول : قال به « كولين وكابتان » وأيدهما فيه بعض أحكام المحاكم الفرنسية [١] يقول هذا المذهب بأنه لا يجوز للعاقدين الاتفاق على فوائد الفوائد مقدماً بالعقد ، أي لا يجوز أن يشترط الدائن على مدينه بأنه اذا لم يدفع الفوائد المستحقة فى الميعاد المعين تصبح الفوائد كرأس المال فتربح فوائد أخري من تلقاء نفسها دون الحاجة الى تنبيه أودعوي : أى لا تسري فوائد الفوائد بمحض قوة العقد . وأنه لا يجوز الاتفاق على فوائد الفوائد الا عند استحقاق الفوائد الأولى فعلا وعند الوفاء بها [٢] . وعلى ذلك يجب تجديد الاتفاق فى كل ميعاد يحل فيه القسط السنوي بالفوائد حتى يشعر المدين أذ ذاك بما يحدق به من خطورة العمل الذي يجريه ويعلم حينئذ بأن دينه يكبر ويزيد من وقت لآخر ويجب أيضاً تجديد المطالبة الرسمية بفوائد الفوائد كل سنة على حدة كما حصل بالاتفاق سواء بسواء .

المذهب الثاني : قاله به قضاء النقض الفرنسى [٣] ويؤيده فيه بعض المفسرين ويقول هذا المذهب بأن عبارة « الفوائد المستحقة » [٤] تفيد بأنه لا تجوز المطالبة بفوائد الفوائد الا بعد استحقاق الفوائد أى بعد حلول ميعاد دفعها وعدم دفعها . ويلاحظ أصحاب المذهب الأول أن هذا التفسير لا يعتبر تفسيراً لانه من المحتمل عقلا أن تربح الفوائد الأولى أي بعد استحقاقها مباشرة لانها لا تترتب بذمة المدين الا يوم حلول ميعاد الوفاء بها . وعلى ذلك يجوز طبقاً للمذهب الثانى الاتفاق على فوائد الفوائد مقدماً بالعقد الأصلى .

على أن الشارع رضى الأخذ بفوائد الفوائد بلا قيد ولا شرط وخالف بذلك القيود التى قررها بالمادة ١٢٦ / ١٨٦ مدنى و ١١٥٤ فرنسى المعدلة بقانون ٧ ابريل سنة ١٩٠٠ : رضى بذلك فى حالة الحساب الجارى التجاري طبقاً لظروف الاحوال وعادات البلاد . وقالت المادة ١٢٧ / ١٨٧ مدنى بعبارتها الثانية مايأتى : « وتنضم الفوائد المتجمدة فى الأصل للحسابات الجارية بحسب العوائد التجارية » .

والحساب الجاري هو المعاملة المستمرة بين شخصين فى أعمالها التجارية فيتفقان

---

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٠٣٢ سره ٩٠٩ ـ ٢ ـ ٢٤ (٢) بلانيول ص ٦٦١ ن ٢١٠٢ (٣) س ـ ٩٠٦ ـ ٢ ـ ٤١ ومقال فاهل Wahl (٤) intérets échus

على أن كل واحد منهما يقيد عنده ما سلمه الى الآخر وما استلمه منه باعتبار ذلك كله حساباً واحداً يصفى فى مواعيد معينة ، وأن فوائد الديون تتجمد وتعتبر بمثابة رأس مال تربح فوائد أخرى عند الانتهاء من كل تصفية من تلقاء نفسها سواء حصل الاتفاق على ذلك أم لم يحصل ، وسواء كانت مدة التصفية سنة أم أقل من سنة [1] . والحكمة فى هذا الاستثناء الوارد على نقيض القيود المقررة لفوائد الفوائد أنه بمجرد تصفية الحساب يعتبر الباقى منه كأنه دفع ممن وجب عليه دفعه من الطرفين ، وكأنه رد اليه ثانياً ممن وجب له باعتباره ديناً جديداً .

٢) قاعدة فوائد الفوائد تتعلق فقط بالديون الواجب دفعها فى ميعاد معين [2] لا الديون المتعلقة بالايرادات المستحقة [3] مثل الايجار [4] ومتأخر المرتبات المقررة أو الايرادات [5] ورد الثمرة أو الغلة [6] والفوائد المدفوعة من الغير الى الدائن فى سبيل براءة ذمة المدين . ولكن رأى الشارع الفرنسى بالمادة ١١٥٥ أن يبيح جواز اعتبار هذه المبالغ كرؤوس أموال واجبة الدفع فى ميعاد معين وعلى ذلك يجوز لها أن تربح فوائد كما تربح رؤوس الاموال الاخرى سواء بسواء وتستحق الفوائد إما بمقتضى رفع دعوى وإما من طريق الاتفاق عليها بالعقد . والسبب فى تقرير هذه القاعدة أن هذه الايرادات والايجارات والمرتبات لا تعتبر فى ذاتها فوائد تضاف على رأس مال مطلوب الوفاء به من المدين بل هى رؤوس أموال مستقلة بذاتها يجوز أن تربح فوائد باعتبارها رؤوس أموال لا فوائد تربح فوائد . وحينئذ يجوز تقرير هذه الفوائد بنفس عقد الاتفاق كما يحصل ذلك عادة فى المعاملات بين المؤجرين للاراضى الزراعية والمستأجرين وقد أصبح ذلك شائعاً فى العقود المطبوعة وعلى الاخص فى الدوائر الكبرى الزراعية . ولوحظ بالمادة ١١٥٥ انها تذكر هى الاخرى عبارة الايرادات المستحقة [7] وربما أوهمت بها انها تشير الى عدم جواز الاتفاق أو المطالبة بفوائد الفوائد بنفس العقد الاصلى كما قال بذلك بعض المفسرين جرياً وراء هذا الابهام والغموض ، أخذا

(١) د ٥ ٤ ٥ ١ ٥ ١ ٣   (٢) capitaux exigibles   (٣) revenus échus
(٤) fermages و loyers   (٥) arrérages des rentes   (٦) restitution de fruits
(٧) revenus échus

بالقاعدة الاصلية المقررة بشأن المبالغ المستحقة . وقالوا بان المادة ١١٥٥ وردت استثناء للمادة ١١٥٤ فيما يتعلق فقط بمدة السنة أى باجازة الفوائد عن فوائد مستحقة لأقل من سنة على انه لا محل لهذا الابهام .

٣٠٤ — ولم ينقل الشارع المصرى هـذه المادة ١١٥٥ الفرنسية . فهل مع ذلك يجوز الأخذ بها أم لا يجوز ؟ اذا قلنا بانها استثناء تشريعى للقاعدة الاصلية وجب حينئذ قصر هذا الاستثناء على حالته وعدم الأخذ فيه بالاقيسة المنطقية المعروفة وهى القياس من باب أولى [1] أو القياس من طريق عكسى [2] ولكن الذى نقول به نحن هو أن هذه المبالغ وهى الايرادات والايجارات لا تعتبر فى ذاتها فوائد لرؤوس الاموال حتى يتسنى القول بانه من الواجب أصلا أن تخضع للمادة ١١٥٤ فرنسى المقابلة للمادة ١٢٦ / ١٨٦ المصرية بل هى تعتبر بطبيعتها رؤوس أموال تربح فوائد كما يربح كل رأس مال . ويجوز الاتفاق عليها بالعقد أو المطالبة بها بدعوى أمام القضاء . ولذا نقول بان هـذه المادة ١١٥٥ الفرنسية جاءت مقررة لحالة طبيعية مقررة من قبل ولم تأت منشئة لحالة استثنائية بمعنى الاستثناء الدقيق . لذا نقول بجواز الأخذ بهـذه المادة الفرنسية بالقوانين المصرية . وليس أدل على ذلك من شيوع العمل بها فى المعاملات بين الافراد حتى أصبحت من العبارات الانشائية الدائمة فى عقود الدوائر الزراعية الكبرى كما ذكرنا

٣ — فى وسائل الاكراه [3]

٣٠٥ ـ وسائل الاكراه [4] هى صورة من صور التعويض يلجأ اليها القاضى

---

(١) a fortiori (٢) a contrario (٣) كابتان ص ٣٣ والهامش ١ .ـ بلانيول ص ٧١ ن ٢٠٨ وما بعدها .ـ المحاماة ٤ ص ٤٢١ ـ ٤٢٨ .ـ ويسميها البعض بالتهديدات المالية (الدكتور ابو هيف بك فى المرافعات الطبعة الثانية ص ٣٢٠ ن ٤٠٥) وفى التنفيذ الطبعه الثانية ص ١٧ ن ٩ هامش ١، وبالجزاء التهديدى (المحاماه ٤ ص ٤٢١) وبالغرامات القضائيه. والذى نراه ان تسميتها بوسائل الاكراه هى الترجمة الصحيحة للكلمة الفرنسية astreintes لان هذه الكلمة الاخيرة مأخوذة من كلمة astreindre بمعنى اكره أو الزم. وفرق هائل بين الالزام او الاكراه وبين التهديد او الغرامه ولذا انضم لنا فى هذه التسمية التى قلنا بها بعض رجال الفقه فى الوقت الحاضر (تنفيذ الدكتور عبد الفتاح السيد بك ص ١١ ن ١٨ وما بعدها ، حيث سماها «بالاكراه المالى» وهو تعبير يتفق معنا فيما اخرجنا به اللفظ الفرنسى الى معناه اللغوى وسنرى فيما بعد انه قد يكون الاصح من هذا كله ان يسمى بالتعويض الموقت او التعويض غير العيني (٤) astreintes

من طريق التهديد نحو المدين حتى يكبح بها عنده شرة العناد والمقاومة. فيأمره القاضي بالقيام بعمل معين في وقت معين بحيث اذا لم يقم بادائه بوقته الزمه بدفع مبلغ مقدر عن كل يوم يتأخر فيه عن الاداء . ويرجع الى هذه الوسيله في بعض المجالات العملية الخاصة بالمال كالزام المدين بتسليم شيء معين لايمكن وصول يد القضاء اليه أو بتقديم حساب أو بتقديم أوراق أو القيام باعمال أخرى خاصة . هذه الوسيلة وسيلة اكراه لا محالة . وربما ينشأ عن تعدد الجزاء اليومي ما يتكون معه مبلغ عظيم من التعويض. لذا يعمل المدين على الافلات من دفعه بان ينفذ ما طلب اليه تنفيذه . ومع ذلك فان الحكم بالجزاء أولا جاء على سبيل التهديد أي انه حكم مؤقت يبيح للقاضي فيما بعد تعيين الضرر الواقع فعلا فيما اذا أصر المدين على عدم الوفاء

وسائل الاكراه

في أصل تكوين النظرية — من الوجهة القضائية

٣٠٦ — لهذه النظرية ثلاثة أدوار قضائية

الدور الاول : جرى القضاء الفرنسي القديم جداً على اعتبار الجزاء التهديدي أو وسيلة الاكراه انه في مصلحة المدين نفسه . لان الحكم الذى الزمه بالوفاء منحه أيضاً فترة من لدنه [١] يستعين بها على التمكن من الوفاء بحيث اذا لم يقم بالوفاء في الوقت المقرر وجب عليه دفع مبلغ معين بمثابة تعويض نظير الضرر الذى أصاب الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام كله ؛ أي ان الجزاء أو التعويض كان هو المقابل للالتزام الاصلي [٢] ويجوز له أيضاً أن يقوم بتنفيذ التعهد الاصلي المقضي به . كما قرر ذلك هذا القضاء القديم :

هذا هو شأن الحكم المؤقت في القضاء الفرنسي القديم ، وهو الحكم الذى كانوا ينعتونه أيضاً بالحكم التهديدي [٣]

الدور الثاني : ثم أخذت النظرية بعد ذلك تتكون تكوينها المعروف الآن . وأخذ القضاء في الوقت الحاضر أن لا يحكم بالتعويض الكلي المقابل للالتزام

(١) délai de grâce (٢) راجع موسوعات دالوز تحت عبارة chose jugée ن ٣٨٦
(٣) condamnation comminatoire

كله عند عدم تنفيذه بل يحكم بجزاء يومى عن كل يوم يحصل فيه التأخير بالوفاء مع استيفاء حقه فى تنقيص التعويض عند تجمده أو تعديل ما قضى به ، الا أنه قرر عكس ذلك أيضا وهو جواز زيادة التعويض أى الحكم بأزيد مما حكم به قبلا. ومن هنا نري أن القضاء أخذ فى تطوره هذا يقرر نقيض ما قرره فى الزمن السابق . فبعد أن كان حكمه التهديدي فى مصلحة المدين أصبح فى غير مصلحته بل فى مصلحة الدائن . ومن الأمثلة الفذة على هذا التطور القضائى حكم شهير صدر من النقض الفرنسى [1] فى قضية رفعها صاحب فندق على شركة النور الكهربائى . ذلك أن صاحب الفندق طلب إلى الشركة تخفيض المبلغ المطلوب منه ثمنا لما استهلكه بمقدار معين أى طلب تنقيصا على سبيل التسامح [2] وادعى بأن له الحق فى هذا التنقيص . فلما أبت عليه طلبه امتنع عن الدفع فمنعت عنه التيار الكهربائى فرفع عليها دعوي طلب فيها الزامها بتوصيل التيار فى ميعاد معين والا تدفع جزاء يوميا قدره ١٠٠ فرنك مع حفظ حقه فيما بعد بمطالبة الشركة ، بعد مضى المدة المضروبة ، بما يراه فى مصلحته وفعلا حكم له بذلك . وأبت الشركة تنفيذ الحكم فرفع عليها دعوي طلب فيها الحكم بجزاء يومى قدَّره هذه المرة بمبلغ ١٠٠٠٠ فرنك (عشرة آلاف) عن كل يوم يحصل فيه التأخير بتوصيل التيار الكهربائى وفعلا حكم له بهذا الطلب الجديد اعتماداً على أنه حفظ لنفسه الحق أولا بالمطالبة فيما بعد بما يتفق مع مصلحته

الدور الثالث : ثم تطورت هذه النظرية أخيراً بالقضاء الفرنسى فبعد أن كان العمل مقصوراً عليها فى دائرة الالتزامات المالية [3] أخذت دائرة العمل تتسع فيها وخرجت الى دائرة الالتزامات العائلية . فاذا حكم على أم بتسليم ولدها الى أبيه ولم تشأ تنفيذ الحكم جاز الحكم عليها بجزاء يومى يزداد فى مقداره كلما مضى زمن ولم تقم بالوفاء [4] ولكن يظهر أن النقض الفرنسى يميل الى عودة الاخذ بنظرية الجزاء التهديدي فى دائرة الالتزامات المالية ولا يريد أن يتعدي بها الى دائرة الالتزامات العائلية [5]

---

(١) د ٩٨ ، ١ ، ٢٨٩ . - س ٩٩ ، ١ ، ١٧٤ (٢) rabais (٣) obligations patrimoniales (٤) د ٧٨ ، ٢ ، ١٢٥ . س ٧٨ ، ١ ، ١٩٣ عن النقض

(٥) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٥

٣٠٧ ب. — فى خصائص نظرية وسائل الاكراه : وخصائصها هى : ١) الحكم التهديدي لا يعتبر تعويضا كاملا بل تعويضا يوميا أى حكما غير معين تعيينا نهائيا [١] ـ ٢) الحكم التهديدى هو حكم عن المستقبل لا عن الماضى [٢] . ـ ٣) والحكم التهديدى يقضى بتعويض اكثر من الضرر الواقع ـ ٤) وهو تهديدي أي يجوز للقاضى تعديله بالزيادة أو بالنقص وهو يتخطى فى ذلك أصول قوة الشىء المحكوم فيه [٣]

٣٠٨ د. — القضاء المصرى ووسائل الاكراه : أخذ القضاء المصرى أهليا ومختلطا بما أخذ به القضاء الفرنسى سواء بسواء . وقرر بان الجزاء التهديدى هذا لا يحوز قوة الشىء المحكوم به وأنه تعويض مؤقت أى تعويض تقديرى على سبيل التهديد. بحيث لا يجوز تنفيذ الحكم القاضى به الا بعد عرضه على القضاء مرة أخرى [٤] لتقدير الضرر الواقع فعلا تقديراً حقيقيا لا خياليا وتقديراً صحيحا لا تقديراً تهديديا [٥] . أما اذا كان الحكم القاضى بالمبلغ التهديدى قد قطع فى مبلغ التعويض واعتبر المبلغ المقضى به هو المقابل الحقيقى للضرر وجب تنفيذ هذا الحكم كما هو ووجب عدم المساس به [٦] وفى نظرنا أن هذه الحالة تخرج حينئذ عن الحالة

(١) condamnation indéterminée (٢) in futurum (٣) د ٩١٣ ٥ ١ ٥ ٣٥٧ س٥ ٩١٣ ٥ ١ ٥ ٣٨٦ (٤) بدعوى امام المحكمه و بناء على ذلك لا يجوز توقيع الحجز بالحكم التهديدى م‌ت‌ق ٦، ٥ ٣٥ ولا يحكم بالتهديد الا اذا اريد أكراه الخصم على القيام بعمل شىء . م‌ت‌ق ٢٥، ٢٨٧، ولا يقضى به ايضا اذا اظهر الخصم رغبته فى اجراء ما طلب منه : م‌ت‌ق ٢٨، ٨٥ . - ولا يقبل الاستئناف المرفوع عن الحكم التهديدى طالما ان المحكمه التى اصدرته فى حل من تنفيذه او الغائه استئناف ٢٧ نوفمبر سنة ٩٠٢ م‌را ٤، ١٣٢، ـ واذا تأيد الحكم التهديدى باعتباره تعويضا حقيقيا لا تحتسب مدة التاخير الا من وقت اعلان الحكم الاستئنافى: استئناف ٢٢ يناير سنة ٩٠٧ م‌را ٨٥، ١٦٨ . ـ ولا يجوز ان يترتب على صدور الحكم التهديدى تغيير فى قيمة الدعوى م‌را ١٠ ص ٦٢ . ـ ويعتبر مقاصة لا جزاء أى لا بد فيه من ثبوت الضرر: استئناف ٢٤ فبراير سنة ٩١٤ م‌را ١٥ ص ١٣٦ عدد ٧٠ (٥) الزقازيق الكليه ٤ فبراير سنة ٩٠٩ م‌را ص ٢١٣ بنى سويف الكلية فى ٧ ديسمبر سنة ٩٢٢ م‌را ٢٤ ص ١٧٠ عدد ٩٩ . ـ المحاماة ٣ ص ١٣٥ عدد ٨٦ استئناف م ١٦ ابريل سنه ٩٦ م‌ت‌ف ٨، ٢١٩ . ـ م‌ت‌ق ١٢، ٣٢٠ . ـ استئناف ٦ مارس سنة ٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٤٦ عدد ٤٩٠ (٦) استئناف ١١ يونيو سنة ٩١٧ م‌را ١٨ ٥ ص ١٩٧ ـ المحاماه السنة الاولى ص ١٠٢ عدد ١٠٤ . ويلاحظ كما قلنا ان محل الاخذ بنظرية الاكراه هذه هو اذن خاص بالقيام بعمل او الامتناع عنه فيما اذا كان التنفيذ العينى لا يمكن الحكم به بالذات. فاذا امكن فما كانت هناك ضرورة للحكم بالتعويض المؤقت بل يحكم بالتنفيذ مع الشىء نفسه جبرا على الملتزم به . واذا تبين من الظروف استحالة التنفيذ وجب الحكم وقتئذ بالتعويض عند عدم الوفاء من اول الامر . وقد اجازت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التنفيذ العينى من اول الامر (التنفيذ للدكتور ابو هيف بك ص ١٧ الحاشية ٤ ـ ٥ ص ١٨ حاشية ١ و ٢)

الطبيعية لنظر التهديد المالى . اذ يعتبر الحكم من الاحكام غير المصفاة باعتبارها معلقة على شرط أو معقود نفاذها بزمن . ومثل هذه الاحكام لا يجوز تنفيذها الا بعد تصفيتها ورفع النزاع عنها ، وهذا جائز فى قانون المرافعات سواء كان المطلوب تنفيذه حكما أو عقداً رسميا

م . — فى نقد هذه النظرية

٣٠٩ — الحكم التهديدى باعتباره تهديداً يخالف القانون لانه يقضى بتعويض لا يتفق مع الضرر الواقع (المادة ١٢١ / ١٧٩ مدنى و١١٤٩ فرنسى) وهو يتعارض مع مبدأ قانونى يرجع لنظام المحاكم وهو أنه لا يجوز لمحكمة فصلت فى دعوى بحكم ان تعود الى الفصل فيها من جديد . ويظهر أنه كان لهذا النقد أثر ظاهر فى القضاء البلجيكى اذ قرر ذلك القضاء بأنه اذا صدر الحكم بالزام شخص بدفع تعويض يومى يتأخر فيه عن القيام بما أمرته به المحكمة فى الالتزام بعمل أو فى الالتزام بالامتناع عن عمل ، وجب اعتبار المبلغ المقضى به تعويضاً نظير الضرر الواقع ، ولا يجوز اعتباره وسيلة اكراهية [1] ضماناً لتنفيذ الحكم [2]

٣١٠ — ولكن يرد على هذا النقد ان القضاء الفرنسى ومعه فريق عظيم من شارحى القانون الفرنسى ايدوا هذه الظرية وبرروا الاخذ بها وحجتهم ان الجزاء التهديدى لا يعتبر فى الحقيقة حكما بتعويض بل غرامة [3] أى عقوبة قضت بها المحكمة ضماناً [4] لأمر [5] صادر منها باعتبارها ذات سلطة فى الأمر [6] وان سلطة الامر هذه هى غير سلطتها المعروفة بسلطة الفصل فى الاقضية [7] أى يجب الفصل بين سلطتى الأمر والحكم [8]

---

(1) contrainte (2) س ، ٩٠٩ ، ٤ ، ١٥ ، ٠ — س ، ٨٢ ، ٤ ، ١٩ — ولكن انظر مع ذلك د ، ٨٨ ، ٢ ، ٣١١ ويجرى القضاء المصرى على ان يبحث عن نية القاضى فى الحكم فيما اذا كان اراد بالتعويض اليومى تعويضا حقيقيا مطابقا لما سيقع من الضرر العينى واستطاع القاضى تقريره قبل وقوع : فى هذه الحالة يعتبر القضاء هذا الحكم غير تهديدى . اما اذا ثبت له بان الغرض منه تهديد المحكوم عليه فيعتبر تهديديا : استئناف ١١ يونيو سنة ٩١٧ م ر ا ، ١٨ ، ص ١٩٧ — المحاماة السنة الاولى ص ١٠٢ رقم ١٤ . — استئناف ٢٣ نوفبر سنة ٩١٦ المحاماة ٤ ص ٤٥٢ عدد ٣٤٨ (3) peine (4) sanction (5) injonction (6) pouvoir de commandement (7) pouvoir de juridiction (8) ordinaria decisoria judicia, judicia

ويرجع اصحاب هذا الرأى الى مصدرين المصدر الاول ما قال به «هنريون دى بانسى »[١] من أن للقاضى فى الوقت الحاضر أن يأمر باجراء شيء ويأمر بالامتناع عن جراء شيء [٢] والمصدر الثانى المادة ١٠٣٦ من قانون المرافعات الفرنسى وهى تقول « وللمحاكم أن تصدر بمحض رغبتها أوامر [٣] فى القضايا المطروحة أمامها طبقاً للظروف كأن تأمر باعدام أوراق أو التقرير بانها أوراق ماسة بكرامات الافراد ، ولها أن تأمر بطبع أحكامها واعلانها »

٣١١ — ولكن يرد على هذه الادلة ما يأتى : يجب أولا استبعاد المادة ١٠٣١ مرافعات لانها تتعلق بنظام الجلسات [٤] وانها تتعلق على الاكثر بالاحتياطات [٥] التى يجب اتخاذها فى سبيل الوقوف على معرفة الحقيقة فى الدعاوى القضائية [٦] ويؤيد ذلك تقريب هذه المادة من المواد ٥١٢ مرافعات فرنسى [٧] والمادة ٥٠٤ تحيق جنايات فرنسى [٨] — ثانياً لأن التهديد المالى بطريق الجزاء لم يعرف الافى زمن جاء بعد وضع المادة ١٠٣٦ ولم يكن معروفاً قبل وضعها — ثالثاً . لو صح القول بأن التهديد الجزائى يدخل ضمن السلطة الواسعة المقررة للقاضى فى اصدار قرار بالنهى أو الامر من تلقاء نفسه [٩] لترتب على ذلك انه يجوز له الحكم بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه أيضاً دون ان يطلبها اليه أحد الخصوم فى الدعوى : وهذا لا يمكن الجهر به ولم يقل به أحد لانه اذا حكم القاضى بهذه الغرامة المالية يكون حينئذ قد خرج عن دئرة قصائه بالحكم بما لم يطلبه الخصوم [١٠]

٣١٢ ـ وأما ما قاله « هنريون دى بانسى » فانه لم يخرج عن كونه أراد أن يقول بهذه الحقيقة المعروفة والتى لا نزاع فيها بانه يجوز للقاضى بل ويجب عليه أن

---

(١) Henrion de Pansy فى كتابة De l'autorité judiciaire (٢) le juge moderne peut prescrire et défendre (٣) prononcer même d'office des injonctions (٤) police de l'audience (٥) mesures (٦) instances judiciaires

(٧) وهى المقابلة للمادة ٧٣٥/٦٦١ مرافعات مصرى ، الخاصة بمنع الخصوم من استعمال ألفاظ السب فى حق القاضى فى دعوى مخاصمة القضاة prise à partie (٨) وهى الخاصة باخراج من يعمل على احداث اضطراب داخل الجلسات وغير ذلك. وتقابل المادة ٨٩/٦٦ مرافعات مصرى وهي التي تشتت أخيرا على المجالس الحسبية (٩) d'office (١٠) ultra petita

يأمر[1] بتنفيذ الالتزام الاصلى أى بأن يكون الوفاء بالشيء هو نفس موضوع الالتزام بالذات أى الالتزام بالعمل وان يمنع كل ما يحول دون الالتزام بالامتناع عن اجراء عمل . ولم يقل هذا المؤلف ولا غيره من المؤلفين بأنه يجوز للقاضى أن يقرر لنفسه ومن عندياته جزاء مطلقاً تحكمياً[2] وان كان ذلك جائزاً للقاضى فى الازمان الماضية إلا أن النظام القضائى الحاضر هو على خلاف الماضى لان من أصول الحاضر فصل السلطات بعضها عن البعض أى فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية ، ومنع القاضى من سلطة التشريع[3] فاذا كان التهديد الاكراهى هو عقوبة[4] كما مر وجب على ذلك اعتباره عقوبة غير شرعية أو تحكمية[5] وتنتهى هذه العقوبة المالية بأن تدخل فى مال الفرد لافى مال الحكومة : وكل هذا وذاك لا يقبله القانون الحاضر بأصوله الحاضرة

٣١٣ — ويقول« كولين وكابتان» بأنه اذا أريد اعتبار الوسيلة الاكراهية وهى الجزاء التهديدى ، عملا مصبوغاً بصبغة قانونية فيجب اعتبارها أنها من الأعمال الجارية التى ترجع لسلطة القاضى بما هو خارج عن حدود القانون[6] . واذا كان استخدام هذه الوسيلة قد أتى بمنافع جمة فى عالم العمل القضائى فانه من واجب المشترع أن يتدخل فى الأمر ويشرع فيه من نفسه كما فعل قانون المرافعات الالمانى[7] .

٣١٤ — أما نحن فانا لا نرى كما قلنا محلا لتدخل الشارع بالذات فى تقرير هذه النظرية لان القاضى لا يخرج فى حكمه غير المصفى عن حدود سلطته التى رسمها له القانون نفسه . ذلك لان العمل قد دل فى مجال التقاضى أن الحكم إما أن يكون قاطعاً كلياً أو قاطعاً جزئياً ، فالاول ينتهى به النزاع كَيْفًا وكَمًّا . وبالثانى ينتهى النزاع فى كيفه لا فى كمه. والبت فى الحكم المقطوع فيه كيفا لا كما ثانوى غير عسير ليس فى حاجة الى إعمال الروية وطول النزاع أخذاً ورداً .أما العدول فى الأحكام وان كان يتعارض مع النظام الحاضر فى الأوساط المتمدينة فالغرض منه العدول عما قضى فيه كما وكيفا . وكذلك

---

(١) prescrire (٢) sanction arbitraire (٣) pouvoir réglementaire
(٤) peine (٥) peine arbitraire (٦) pratique prétorienne illégale
(٧) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٦

الحال بشأن مبدأ فصل السلطات . وعلى ذلك اذا حكم القاضى وأشار فى حكمه الى الرجوع اليه عند الحاجة فيما لم يفصل فيه كما (أو فيما فصل فيه كما ولكن بطريقة تقريبية مؤقتة) جاز الرجوع اليه . أليس القاضى يصدر أحكاماً مؤقتة فى مسائل ترجع لسلطته الادارية لا القضائية ؟ وهل فى إصداره الاحكام المؤقتة لم يحفظ للخصوم (والحق محفوظ بقوة القانون) حق الرجوع اليه اذا تغيرت الحال [1] كما فى دعاوى الحراسة والنفقات (غير النفقات الشرعية) ؟ أوليس يُرجع الى القاضى، فيما اذا شاب حكمه غموض أو خطأ مادى، بدعوى التصحيح ؟ [2] وهل بعد ذلك كله يمكن أن يقال بأن القاضى فى عمله هذا خرج عن مادة القانون وأن عمله يعتبر تحكمياً [3] كما يقول « كولين وكابتان » ؟ ألا يرى أنه عمل داخل دائرة القانون اللينة وأنه على العكس عمل بتصرف مشروع لا تحكم فيه [4] ؟ كل ما يؤخذ على الحكم الجزائى هو شائبة التهديد وأنه يخرج بهذه الشائبة عن منطقة تحديد الحقوق بلا نص معين فى القانون . ولكن يلاحظ أن التهديد لم يقله القاضى لا فى نص حكمه ولا فى أسبابه بل جاءت هذه الكلمة من أوضاع المعارضين للنظرية : نظرية التعويض المؤقت، فرأوا فى التعويض المؤقت احراجاً للمدين حتى يقوم بما أمر به . والتعويض على هذا الاعتبار، ومهما قيل فيه بأنه تهديدى من طريق تخريج المعانى المستفادة من العبارات تخريجاً ليس أساسه صراحة اللفظ بل أساسه الاستنتاج الخيالى، هو فى مصلحة المدين نفسه كما لوحظ ذلك فى العهد الأول للنظرية فى دورها التكوينى القضائى الفرنسى، بمعنى أن المدين هو بالخيار انشاء تنفيذ الالتزام الأصلى أو تنفيذ التعويض أى أصبح الالتزام الأصلى البسيط كالالتزام المشفوع بشرط جزائى على مذهب القانون الفرنسى والمصرى أو كالالتزام البدلى على مذهب القانون الألمانى، وفى تعدد الخيار فى الالتزامات تفريج للمدين . وأما القول بأن الحكم التهديدى بالغرامة يقضى

(١) راجع فى « حفظ الحق » فى كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ١٠٥٣ تحت قوله « الثالث » ص٧٤٢ و بند ١١٠٧ و ١١١٦ (٢) راجع كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك فيما يتعلق بتصحيح الخطأ المادى بند ١١٠٧ والاحكام العديدة الواردة فى حاشية ١ عليه . وفيما يتعلق بتفسير الحكم راجع كتابه فى التنفيذ بند ٢١١ وما بعده (٣) pratique prétorienne illégale
(٤) pratique prétorienne légale

بتعويض أكثر من الواقع فهذا لا يتفق لا مع القانون ولا مع الواقع . أما مع القانون فلأن الحكم اذا خرج عن التعويض المقبول عادة فلأنه يعمل فى ذلك بالقانون نفسه فيما اذا كان المدين قد ساءت نيته عند الوفاء فخالف بذلك أوضح الأصول القانونية فى أنه يجب عليه أن يكون حسن النية فى وفائه بالتزامه أمام دائنه. والقاعدة القانونية المقررة هى أن التعويض يكون بأكثر عند سوء النية وأقل عند حسنها (المواد ١٢١ / ١٧٩ مدنى و١٢٢ / ١٨٠ مدنى). وليس معنى الفرق بين الكثرة والتعويض الخروج عن الضرر الواقع بل معنى ذلك أن التعويض فى حالة سوء النية يتناول النتائج التى كان لا يلزم بها المدين وهو حسن النية . وأما الواقع فلأن التعويض أمر تقديرى يستحيل معه البت فى أنه لوحظ فيه العقوبة المالية . انما محل التشكك فيه فى هذه الحال هو لأنه يقضى بتعويض أكثر فيما اذا لم تظهر آمارات سوء النية . وبذلك تنتفى عبارة العقوبة المالية وأنها تدخل جيب الخصم ولم تضف لجانب الحكومة .

والذى نراه مما مر أن الذى أثار هذه الحرب النقدية حول هذه النظرية هو كثرة النعوت التى وصفت بها وما نتج عن هذا الوصف من النتائج . وربما كان الافضل أن تسمى بنظرية «التعويض المؤقت» أو «التعويض التقريبى» مع حفظ الحق فى تعديله بالزيادة أو النقص . وفى هذه الحالة تلحق هذه الاحكام بطائفة الاحكام المسماة بالاحكام غير النهائية كما ذكرنا

وقد قرر الدكتور أبو هيف بك فى معرض تأييد النظرين أن القانون المصرى ليس فيه ما يصح أن يكون أساساً لها غير مادة ٢٩ ل ت ا م / ١١ مدنى مختلط التى أجازت للقاضى ، ان لم يوجد نص صريح فى القانون أن يحكم بمقتضى قواعد العدل ، ومن قواعد العدل أن يسعى القاضى فى تسهيل تنفيذ ما أصدر من الاحكام العادلة مادام لا يضر فى ذلك بحقوق المدين [1]

(١) كتاب التنفيذ بند ١٠ ص ٢٠

فى الضمانات المقررة للدائن قبل مدينه

١) لمحة تاريخية

٣١٥ ـ ماذا يعمل الدائن بحكم الدين الذى استحال الى مبلغ من المال فيما اذا تعذر عليه التنفيذ بأصل الالتزام على نفس الشىء موضوع الالتزام؟ أصبح حق الدائن حقاً مالياً صرفاً فهو ينفذه على أموال المدين وهذا التنفيذ على المال هو آخر مظهر من مظاهر التطور الزمنى المعروف فى التنفيذ ضد المدين ، اذ عرف هذا التطور فى مبدئه بالشدة ضد المدين وانتهى فى نهايته باللين المتناهى مع المدين

ذلك انه فى الشرائع القديمة وعلى الاخص عند الرومان كان شخص المدين أى جسمه المادى ضامناً لحق الدائن بحيث اذا لم يدفع الدين نزلت به عقوبات بالغة فى الشدة والقسوة . ويدل التاريخ على أن المدين الذى لم يوف بدينه يهبط الى درجة العبودية ويعتقل بالمحل المعد لاعتقال المدينين [١] عند الدائن ويكره على العمل فى مصلحة هذا الاخير . ولقد خفت وطأة الشدة هذه فى روما [٢] وقد لوحظ عند العمل بالاوضاع الاولى القديمة الخاصة بالمرافعات للرومان ، أى فى عصر دعاوى القانون [٣] انه تقررت وسائل للحجز بها على أموال المدين بجانب الوسائل الاخرى القاسية التى كانت ترمى الى الاستيلاء على جميع أموال المدين وحلول الدائن محله فيها [٤]. ولما جاء عصر تحرير الدعوى فى شكل استمارة مكتوبة [٥] وذلك فى غضون القرن الرابع لروما كان الدائنون يلجأون الى الطريقة المسماة « وضع اليد على أملاك المدين » [٦] وهى التى تنتهى الى بيع أملاكه برمتها بالمزاد [٧] وهى تصفية تشبه فى كثير من الوجوه الافلاس المدنى [٨] . على أن وضع اليد والبيع ولو أنهما من الطرق المدنية الا أن من نتائج بيع كل ما يملكه المدين الحاق وصمة العار بالمدين [٩] وهذا أثر من الآثار

---

(١) ergastule privé (٢) تنفيذ الدكتور عبد الفتاح بك السيد ص ١٥ ن ٢٣ ومابعدها تحت عنوان « الاكراه البدنى ولمحة تاريخية فيه » . ـ انظر مذكراتنا فى القانون الرومانى

(٣) période des actions de la loi (٤) pignoris capio و bonorum cessio

(٥) période formulaire (٦) missio in possessionem (٧) bonorum venditio

(٨) faillite civile (٩) infamie

الجنائية التى ظلت لاصقة بالمدين اذا أعوز . وفى مدة حكم «تراجان» [١] وأنطونين [٢] تقررت احتياطات أخرى [٣] تشبه أنواع الحجز [٤] المعروف الآن

وبعد سقوط دولة الرومان عاد العمل بالعقوبات الأولى التى كان معمولا بها ضد المدينين المعسرين . فكان جزاء المدين المعسر توقيع عقوبات جسمانية عليه مثل الجلد [٥] أو الحبس أو توقيع عقوبات دينية عليه مثل التحريم [٦] وهو الحرمان من الاتصال بالكنيسة . ولما جاء القرن الثالث عشر تقرر الأخذ بوسائل أخرى كانت ترمى إلى التنفيذ على ممتلكات المدين مبتدئة أولا بالمنقولات فقط ثم بجميع المنقولات مع العقارات . وتقرر العمل بفرنسا بالاكراه الجسمانى [٧] وقد ألغى بقانون ٢٢ يوليو سنة ١٨٦٧ وكان هذا القانون يقضى باجابة الدائن إلى طلب حبس مدينه الممتنع عن الوفاء اذا كان بيد الدائن حكم أو سند رسمى . وكان الغرض من حبس المدين إكراهه على اظهار ما خبأه من ماله أو الدفع بأهله وذوى قرباه الى تسهيل سبل الوفاء أمامه . وكان الحبس جائزاً فى جميع المسائل التجارية . أما فى المسائل المدنية فقيما يتعلق فقط ببيع الشىء مرتين [٨] أو الوديعة الجارية [٩] وكان لا يعمل به ضد القصر ولا عن الديون التى تقل عن ٣٠٠ فرنك . وكان يجوز للمدين فراراً من الحبس أن يتنازل لدائنه عن ادارة كل مايملك [١٠] وكان الحبس جائزاً فى المسائل الجنائية . وقد أبطل هذا القانون سنة ١٨٦٧ فيما عدا هذه المسائل الاخيرة أى أنه لا يعمل به الآن الا فى التعويض المدنى المحكوم به فى مسألة جنائية من محكمة جنائية أو محكمة مدنية اذا سبق صدور الحكم جنائياً ، حتى لو كان الامر الجنائى نتيجة رعونة أو عدم احتياط . أما اذا كان التعويض مدنيا صرفاً ومهما كان بسوء نية فلا يجوز فيه الحبس مثل بيع الشىء مرتين بفرنسا أو رفع دعوي على شخص بقصد التنكيل به أمام القضاء . ولا يسرى الحبس على المدعى الذى يخسر دعواه. وكان سبب

---

(١) Trajan (٢) Antonin (٣) pignus in causa judicati و bonorum distractio captum (٤) saisie (٥) fustigation (٦) excommunication (٧) contrainte par corps (٨) stellionat (٩) dépôt nécessaire (١٠) cession des biens

بطلان العمل بهذا القانون انه لا يتفق مع الكرامة الاخلاقية للانسان من الوجهة العامة . ويجوز للاجانب أن ينتفعوا به [١]

أما فى مصر فلا يمكن التنفيذ الآن الا على أملاك المدين فقط وهى الضامن الوحيد للدائن . ويجوز التنفيذ الجسمانى عما هو مطلوب للحكومة من الغرامات والمصروفات فى العقوبات الجنائية . على أنه من المقرر فى المسائل التجارية أنه اذا حصل افلاس المدين بغش وتدليس حكم عليه بالعقوبات الجسمانية بمقتضى قانون العقوبات . وبجانب الافلاس بالتدليس توجد التصفية القضائية [٢] فى فرنسا وهى تخفف من وطأة النوع الاول من الافلاس بحيث يصبح الافلاس فيها مدنيا صرفا لمن لم ينهض بهم الكسب والرواج التجارى فى أعمالهم التجارية

وفى القانون التجارى المختلط نصوص تجيز الصلح للتاجر حسن النية سيء الحظ منعاً لاشهار افلاسه [٣] وهى مقررة فى المواد ٢٠٥ وما بعدها بمقتضى دكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠

٢) فى نظرية الضمان العام

٣١٦ — تنصب حقوق الدائنين على جميع أملاك مدينهم . أى أنه يجوز لهم أن يتقاضوا حقوقهم من ثمن جميع الحقوق المالية [٤] المملوكة للمدين وهى الحقوق الشخصية والحقوق العينية والفكرية ، أى جميع الحقوق ما عدا ما لا يقوم منها بمال . ويتقاضى الدائنون حقوقهم من مجموع ممتلكات المدين باعتبارها وحدة معنوية قانونية [٥] مكونة من الممتلكات الحاضرة والمستقبلة . فبينما كان المدين مالا وجسما ضماناً فى الازمان السابقة لدائنيه أصبح لا يضمن لهم ديونهم الا فيما يملكه من الحقوق المقومة بمال أى فى ماله فقط . وهذا هو ما تقول به المادة ١٤١/٢٠٢ مدنى والمادة ٥٥٥/٦٧٩ مدنى و ٢٠٩٢ فرنسى : قالت المادة ٥٥٥/٦٧٩ ما يأتى : « يجوز للدائنين العاديين أن يستوفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم لكن مع مراعاة الاجراءات القانونية المقررة فى القانون » أما تعبير المادة ٢٠٩٢ فقد جاء أكثر

(١) انظر تاريخ كيفية حصول الدائن على دينه من مدينه والادوار التى مرت به شرح المدنى لفتحى باشا زغلول ص٣٨١-٣٨٤ وهى صحف قيمة

(٢) liquidation judiciaire

(٣) Concordat préventif (٤) droit patrimorial (٥) universalité juridique

شمولا ، اذ قالت : « كل من التزم شخصياً أصبح ملزماً بالقيام بتعهده على جميع منقولاته وعقاراته الحاضرة والمستقبلة . وللدائن اختيار أى منقول وأى عقار مملوك لمدينه لبيعه بالقضاء وتقاضى دينه من ثمنه ، أى أن منقولات وعقارات المدين بالنسبة للوفاء بديون الدائنين هى مثلية [1] أى يحل بعضها محل البعض الآخر بحسب اختيار الدائن [2]

٣١٧ — وليس مال المدين فى مجموعه خاصا بطائفة الدائنين العاديين [3] فقط كما يوهم نص المادة ٥٥٥/٦٧٩ مدنى بل هو ضامن لجميع الدائنين على اختلاف طبقاتهم الخمس المقررة فى المادة ٥٥٤/٦٧٨ مدنى ، أى الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين [4] والدائنين أصحاب حق الاختصاص [5] والدائنين الممتازين [6] والدائنين أصحاب حق الحبس [7] فاذا لم يف العقار المرهون بدين الدائن غير العادى انقلب هذا الاخير فى باقى دينه الى دائن عادى وأصبح له ما لهذا الاخير من حق التنفيذ على أملاك المدين برمتها بالرجوع الى حق الضمان العام المقرر لجميع الدائنين من قبل. والمادة ٢٠٩٢ فرنسى أصرح فى هذا البيان من المادة المصرية [8]

٣١٨ — على أن القانون الفرنسى رأى تقييد حق الضمان العام هذا من حيث التنفيذ فى مسائل ثلاث وردت على سبيل الحصر وهى : ١) يجب على دائن القاصر أن يبدأ بالتنفيذ على منقولات القاصر أولا فاذا لم تف بدينه جاز له التنفيذ على العقارات (المادة ٢٢٠٦) . - ٢) على الدائن المرتهن أن يبدأ أولا بالتنفيذ على العقار المرهون . فاذا تبقى له شىء جاز التنفيذ على بقية أملاك المدين (المادة ٢٢٠٩) ٣) لا يجوز الحجز على العقارات الشائعة بمعرفة أحد دائنى المالكين على المشاع ما دام الشيوع قائما (المادة ٢٢٠٥)

٣١٩ - ولم ترد هذه القيود بالقانون المصرى . وعلى ذلك فلا يعمل بها هنا

(١) fongibles (٢) راجع كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٦٣٨ - ٦٣٩
(٣) créanciers ordinaires أو créanciers chirographaires (٤) créanciers hypothécaires (٥) affectation (٦) créanciers privilégiés (٧) droit de rétention
(٨) وعلى ذلك اذا لم يف العقار المرهون بالدين كله فللدائن أن يطلب توقيع اختصاص على عقارات مدنية . وما دام انه لا سبيل له فى ذلك الا بحكم فله حينئذ الحق فى رفع دعوى وطلب حكم ثم طلب الاختصاص : ٢٣ يناير سنة ١٩١٩ ، ٣١ ، ١٣٧

لأنها نصوص مقيدة لحرية التنفيذ . وما ورد على خلاف القياس لا يقاس عليه . وعلى ذلك يجوز للدائن بمصر أن ينفذ كما يشاء على ممتلكات مدينه مع القيود والاجراءات المقررة فى قانون المرافعات وهى : ١) لا يجوز له الحجز على ما منع منه بنص (انظر المواد ٤٣٤/٤٩٦ مرافعات الخاصة بمنع الحجز على أجر الخدمة وشهرياتهم الا بقدر معين ، والقانون نمرة ١٧ لسنة ١٩١٨ الخاص بمنع الحجز على مرتبات الموظفين فى الحكومة أو فى مجالس المديريات أو فى المجالس البلدية والمحلية وبلدية الاسكندرية . والمادة ٤٣٦/٤٩٨ مرافعات الخاصة بعدم الحجز على النفقات المقررة والمرتبة ولا على المبالغ الموهوبة أو الموصى بها للنفقة أو المشترط فيها عدم جوار الحجز عليها . وقانون أول مارس سنة ١٩١٣ رقم ٣ الخاص بعدم الحجز على أملاك أصاغر المزارعين [١]) ـ ٢) اذا كان فى حق الاختصاص اطلاقاً من حيث طلبه فهو مقيد فى تقريره بقرار القاضى من حيث جواز تعيين جزء من العقار لتوقيع الاختصاص عليه دون الباقى (المادة ٦٨٢/٧٧٠ مرافعات) ولكن هذا لا يمنع الدائن من التنفيذ على كل ما يملكه مدينه بالطرق العادية

وعلى ذلك يرى أن الدائن المصرى أكثر اطلاقاً فى حرية التنفيذ بدينه من الدائن الفرنسى لأنه ليس مقيداً بتلك القيود القسريه الثلاثة التى بيناها . وأما القيود الاخرى المصرية فانها قيود روعيت فيها ضرورة حماية بعض الاشخاص إما لاتصالهم بالمصلحة العامة كموظفى الحكومة وإما حماية لانفسهم من غوائل العوز كالعمل والخدمة . وإما لاحترام غرض الموصى والواهب

٣٢٠ — وللدائن فيما عدا هذه القيود حق الضمان العام[٢] على أملاك مدينه . وكلمة الضمان هذه ترجمة للكلمة الفرنسية الموضوعة للرهن[٣] . وليس المقصود هنا معنى الرهن لأنه لا بد فى الرهن من وضع يد الدائن على الشىء المرهون . أما الدائن العادي فليس له الا حق تقاضى دينه من جميع أملاك مدينه بدون أن يكون له حق يجعله ممتازاً على أي دائن آخر . والرهن حق عينى مسلط على شىء معين . وهذا الحق ليس مقرراً للدائن العادي . وعلى ذلك يستنتج ما يأتى :

(١) راجع فى شرح هذه المسائل كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك من بند ٢٨٣ الى بند ٣٣٠
(٢) gage général (٣) gage

١) ان للدائن المرتهن رهن حيازة [١] وهو صاحب حق الرهن الحيازى، حق الافضلية [٢] على الدائنين الآخرين ومنهم الدائنون العاديون بالنسبة لقيمة الشيء المرهون تحت يده. وليس لهم مزاحمته فيه لوجوده تحت يده بمقتضى حق الحبس [٣] فاذا تقاضى كل دينه من ثمنه جاز للآخرين تقاضى ديونهم من بقية الثمن ان كانت له بقية والا فقد فاز بدينه، وأما هم فلا. أما الدائنون العاديون أصحاب حق الضمان العام على أملاك المدين فليس لهم حق الافضلية هذا بل يتقاسمون فيما بينهم ثمن أملاك مدينهم وبنسبة ديونهم مهما كانت تواريخها، وهذه قاعدة عامة قررتها المادة ٢٠٩٣ فرنسى اذ قالت ما يأتى: « ان أملاك المدين ضامنة ضماناً عاماً [٤] لديون دائنيه. ويوزع الثمن بينهم بنسبة ديونهم [٥] الا اذا وجدت بين الدائنين أسباب شرعية للتفاضل ». وليس بين الدائنين العاديين أى وجه للتفاضل حتى ولو أتى بعدهم دائنون عاديون آخرون متأخرون فى تاريخ ديونهم. وهذه المساواة فى تقاضى الحقوق بين الدائنين العاديين قررها القانون المدنى كما رأينا. وقررها أيضاً القانون التجارى فيما يتعلق بالافلاس والتصفية القضائية والتصالح باجراآت معقدة تحتاج لمصاريف عديدة قد تستهلك ما للمدين المفلس من الديون لدى الغير. أما الافلاس المدنى [٦] وهو افلاس غير التاجر أى اعسار غير التاجر وعجزه عن الوفاء بديونه فانه لم تقرر له أصول وقواعد بالقانون المدنى كما تشعبت الأصول وتعددت القواعد فى الافلاس التجارى [٧] وأصبحت نظرية الافلاس المدنى من المسائل التى اشتغل بها بعض المفكرين فيما اذا كان يمكن تقرير بعض الاصول المقررة فى الافلاس التجارى للافلاس المدنى أم لا يمكن. ولكن يظهر أنه من المتفق عليه انه ليس جائزاً، فى حالة التسوية بين الافلاسين تقرير المساواة بين الدائنين فى حالة الافلاس المدنى والتجارى وهى المساواة الخاصة بنزع أملاك المعسر من يده [٨] وبيع ممتلكاته صفقة واحدة فى مصلحة الدائنين [٩] كما

---

(١) créancier gagiste (٢) droit de préférence (٣) droit de rétention

(٤) gage commun (٥) par contribution اى au marc le franc (٦) déconfiture

(٧) وأشار القانون المدنى الى الاعسار المدنى بالمادة ٢٨١ / ٣٥٣ فيما يتعلق بالمشترى المعسر. ولمح الى ذلك فى المادة ١٥٦/١٠٢ فيما اذا وقع المدين فى حالة افلاس أو أضعف من الضمانات المقررة للدائن فى سبيل التنفيذ بحقه

(٨) dessaisisément de l'insolvable (٩) procédure collective

فى حالة الافلاس التجارى [١]

٢) ان للدائن المرتهن تأمينياً [٢] حق تتبع العقار [٣] فى يد من وجد . أى ان المشترى للعقار من المدين ملزم باحترام حق الدائن المرتهن الموقع على العقار . أما الدائن العادى فهو محروم من حق التتبع هـذا . وما يجريه مدينه من تصرف عيني عقارى فى العقار حجة عليه أى أن طبقة الدائنين العاديين يصبحون ممثلين فى شخص مدينهم عند تصرف هـذا الاخير فى ممتلكاته . أى أن الدائن خلف عام لمدينه [٤] ولا يمكن الطعن فى تصرفات المدين الا بدعوى خاصة يجب ان تتوافر شروط خاصة من أجل قبولها .

٣) فى وسائل تحقيق الضمان العام

هناك نوعان من الوسائل لاجل الانتفاع من حق الضمان العام : وسائل تنفيذية ووسائل تحفظية [٥]

٣٢١ — أولا : الوسائل التنفيذية [٦] : يراد بهذه الوسائل ما يلجأ اليه الدائن للحصول على دينه من قيمة مال مدينه . وذلك لا يكون الا اذا كان الدين محققاً [٧] أى ثابتاً فى الذمة , واقعاً فعلا [٨] وليس محتمل الوقوع [٩] أو معلقاً على شرط [١٠] أو معقوداً بأجل وان يكون مقدراً بالتعيين [١١] وحالا [١٢] أى غير مؤجل الى أجل [١٣] وان يكون الدين مؤيداً بسند تنفيذى [١٤] أى بحكم أو سند رسمى ، وعليه الصيغة

(١) قارن ما جاء فى كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ١٥ حيث يقول : ولا تحجز أموال المدين وتباع صفقة واحدة ولو كان معسرا وانما يحجز على كل وحدة منها ولو أدى ذلك الى تجريد المدين من جميع أمواله اللهم الاما ينص القانون على عدم جواز حجزه . —راجع فيه أيضاً بند ١٣١٥ حيث قرر أن المحكمة قد حكمت بعدم جواز تعيين حارس على أموال المدين عامة لادارتها لمصلحة الدائنين وتسديد ديونهم من ايرادها أو من ثمنها وذلك لان هذا يعتبر بمثابة تقرير لقواعد الافلاس لغير التجار

(٢) créancier hypothécaire (٣) droit de suite

(٤) ayant-cause universel (٥) كابتان ص ٤١ وما بعدها . ومجموع هذه الوسائل يكون دراسة السنة الرابعة فى المرافعات وموضوعها يسمى دراسة طرق التنفيذ والتحفظ فى المواد المدنية والتجارية .

(٦) procédés d'exécution (٧) certain (٨) ferme (٩) non éventuel (١٠) condition (١١) liquide (١٢) exigible (١٣) terme (١٤) titre exécutoire

التنفيذية بتكليف رجال السلطة العامة بالعمل على تنفيذه

وهذه الوسائل على نوعين :

١) **وسائل تنفيذ مباشر** [(١)] : وهى تنحصر فى اكراه المدين على بيع أملاكه بعضاً أو كلاً ليأخذ الدائن دينه من ثمن الصفقة وهـذا يحصل بالحجز [(٢)] اما على المنقولات ويسمى بالحجز التنفيذى [(٣)] واما بنزع الملكية العقارية [(٤)] فى القانون الاهلى أو الحجز العقارى [(٥)] فى القانون المختلط والفرنسى أو بأى حجز آخر يلائم طبيعة المحجوز عليه وحالته .

٢ — **وسائل التنفيذ غير المباشر** [(٦)] : وتنحصر هـذه الوسائل فى ان الدائن يعمل على ان يحل محل مدينه فى استعمال [(٧)] حقوق هذا الاخير حتى يجمع مبلغاً كافياً للوفاء بدينه ثم يتخلى عن الادارة ويستخدم هـذه الوسائل فى الحقوق غير المادية [(٨)] التى تكون للمدين لدى الغير والوسيلة التى قررها القانون لتحقيق التنفيذ غير المبـاشر هى الحجز على ما للمدين تحت يد الغير [(٩)] فيستعين بها الدائن لمنع مدين مدينه من دفع ما لهذا الأخير قبل الغير . وله فوق ذلك حق تقاضى دينه من هذا المبلغ المحجوز عليه . وذلك بواسطة القضاء وهذه الطريقة فى الحجز على ما المدين تحت يد الغير طريقة سريعة ليس من الضرورى فيها أن يكون الدائن حاملا لسند تنفيذى أو أن يكون دينه مقدراً بالتعيين [(١٠)]

٣٢٢ — ثانياً) الوسائل التحفظيه [(١١)] : يخشى الدائنون العاديون من تعذر أو استحـالة تحصيل ديونهم اذا ترك حق الضمان العام دون حماية مقررة

---

(١) exécution directe (٢) saisie (٣) saisie-exécution
(٤) expropriation immobilière (٥) saisie immobilière (٦) exécution indirecte
(٧) exercice (٨) droits incorporels أو droits de créance
(٩) saisie-arrêt أو saisie-opposition (١٠) يلاحظ وجود خلاف كبير فى هذه النقطة بين القانونين المصرى والفرنسى حيث القانون المصرى يقضى على وجود نوعين من حجز ما للمدين لدى الغير احدهما تنفيذى والثانى تحفظى بعكس القانون الفرنسى فالاجراءات فيه واحدة سواء كان بيد الدائن سند تنفيذى ام لم يكن ـ راجع كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٤٣٨ وما بعدها
(١١) procédés de préservation

من جانب القانون : اذ يخشون أن تختفى أملاك المدين بما يجريه فيها من تصرف [١] أو من تحويلها الى أشياء أخرى يسهل اخفاؤها أو من اهماله فى المحافظة عليها . لذا رسم القانون طرقاً لحماية الدائنين . وهذه الطرق على نوعين : — طرق مانعة وطرق مصححة

١ . — **الطرق المانعة** [٢] وهى على جملة أنواع

ا) **الوسائل التحفظية** [٣] الحقيقية وهى الوسائل المعدة لمنع الاختلاسات المادية كوضع الاختام [٤] والجرد [٥] فى حالة الافلاس ووفاة المدين [٦]

ب) **حظر التصرف** [٧] وهو منع المدين من التصرف فى ماله المحجوز عليه أو المنزوعة ملكيته منه . وذلك كنتيجة من نتائج الحجز : ففى الحجز العقارى المختلط قرر القانون المختلط منع المدين من التصرف فى عقاره المحجوز عليه من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية [٨] واذا تصرف أصبح تصرفه باطلا من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم (المادة ٦٠٨ فقرة أولى مختلط) . وقرر القانون الاهلى الحاق ثمرة العقار المنزوعة ملكيته من العقار [٩] من تاريخ تسجيل التنبيه (المواد ٥٤٠و٥٤٥ مرافعات أهلى) والذى تقول به رغم معارضة المعارضين انه اذا انصب الحظر على الثمرة فمن باب أولى أن ينصب على العين [١٠] . فالمنع قائم حينئذ أهلياً ومختلطاً . ويلاحظ أن لهذه الحيطة عيبين . أولا أن الحظر جاء متأخراً بخلاف الحجز على ما للمدين تحت يد

---

(١) aliéner (٢) mesures préventives (٣) mesures conservatoires (٤) apposition des scellés (٥) inventaire (٦) راجع كتاب التنفيذ المذكور بند ١٢٠٣ وما بعده (٧) indisponibilité (٨) transcription du commandement

(٩) Immobilisation des fruits (١٠) فى هذا الموضوع اختلاف كبير فى الرأى يرجع الى كتابنا فى المداينات او الالتزامات ج٢ ص ٣٦٩ـ٤٣٥ والى كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٧٠٢ ، وهو من اشد انصار المعارضة ضد هذا الرأي ويؤيدنا فى رأينا الدكتور عبدالفتاح السيد بك (التنفيذ ص٣٩٣ ومابعدها) ن٥٦٥ وما بعدها. هذا ولما لم ينص القانون الاهلى على منع التصرف فقد أثار هذا السكوت ثائرة الشارحين بمصر. وان كان امر النص مرغوبا فيه فى هذه الحالة من جانب الشارع الا اننا نرى وجوب منع التصرف فى القانون الاهلى بالرغم من كل الاعتراضات الوجيهة المقدمة ضد رأينا هذا لاننا نرى من المصلحة حفظا لنتائج التنفيذ ان تعبث بها يد المدين وذلك بالرغم

الغير وبعض الحجوزات الثانوية الاخرى مثل الحجز الاستحقاقى [١] المقرر لمالك المنقول فى القانون المصرى، والحجز على منقولات المستأجر [٢] فان مجرد توقيع الحجز فى هذه الحالة وتعيين حارس على المنقولات المحجوزة يمنع المدين من العبث بها. ولكن فى العقار تتأخر النتائج . ومن نتائج تأخير الحظر هذا تمكين المدين قبل وقوعه من التصرف فى ماله . ـ ثانياً : ان الحظر هذا غير كاف لانه اذا منع المدين من التصرف فى العقار المحجوز عليه أو المنزوعة ملكيته فانه لا يمنعه من تقرير التزامات بذمته لمصلحة الغير فيأتى هذا الغير ويزاحم الدائن الحاجز ويطالب بحق المساواة والدخول فى عملية توزيع الثمن وأخذ نصيبه بنسبة دينه

جـ) **حق التدخل فى الدعوى** [٣] للدائن حق التدخل فى الدعاوى التى ترى فيها مصلحة له درءاً لخطر يهدده عند تقاضى دينه كما يحصل مثلا فى حالة القسمة الحاصلة بين مدينه المالك على المشاع مع بقية الشركاء (المادة ٤٦٠/٥٧٥ مدنى و١٨٨٨ فرنسى)

د) **حق المقاضاة باسم المدين** وهو المسمى بجواز رفع الدعوى غير المباشرة [٤] أو دعوى الحلول [٥] وذلك فيما اذا أهمل المدين تقاضى حقوقه من مدينيه بما فيه اضراراً بما له (للمادة ١٤١ / ٢٠٢ مدنى و١١٦٦ فرنسى)

٢ ـ **الطرق المصححة** . [٦] وهى دعوى الابطال [٧] التى يرفعها الدائن

من عدم وجود النص وتتمنى ان يدون المشرع المصرى نص المنع حتى يصون التنفيذ العقارى امام المحكمة الاهلية من العبث به . هذا ويلاحظ ان مجرد توقيع الحجوز التحفظية والتنفيذية من جانب الدائن يحول دون حرية المدين فى التصرف فى الشىء المحجوز. وذلك لان المحجوز لديه فى الحجز تحت يد الغير على ما للمدين يمنع من الدفع الى المدين الا بطريق خاص يسمى التخصيص (كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٥٤٤ وما بعده) ومجرد تعيين حارس على المنقولات المحجوزة يؤدى الى هذا الغرض لان من واجبات الحارس المحافظة على الشىء المحجوز بعكس الحالة فى التنفيذ العقارى فان منع المدين من التصرف لا يكون الا من بعد تسجيل التنبيه فى المختلط وهو مختلف فى امره فى الاهلى كما رأينا

(١) saisie-revendication (٢) saisie-gagerie (٣) intervention

(٤) action oblique او action indirecte (٥) action subrogatoire (٦) mesures réparatrices

(٧) action révocatoire أو action paulienne

لابطال التصرفات التهريبية الصادرة من المدين اضراراً بدائنيه (المواد ١٤٣ / ٢٠٤ مدنى و٥٥٦ و٦٨٠ مدنى و١١٦٧ فرنسى)

هذه هى الوسائل التى قررها القانون لحماية الدائن من اهمال مدينه أو سعيه فى الاضرار به . ولما كانت هذه المسائل مجموعاً من الاحتياطات المقررة بقانون المرافعات والقانون المدنى فانا نقصر القول هنا على ما اتصل بالقانون المدنى دون غيره . ومن أهم هذه الوسائل الدعوى غير المباشرة ودعوي الابطال نظراً لما لهما من الاهمية الكبرى فى مجالات العمل والتقاضى وعلى الاخص ثانيتهما . ونفرد القول لهما الآن [١]

١ — فى الدعوى غير المباشرة

أو فى قيام الدائن مقام مدينه فى استغلال الحقوق ومباشرة الدعاوى [٢]

٣٢٣ ـ من نتائج حق الضمان العام المقرر للدائن على أملاك مدينه، حق الدائن فى السعى للمحافظة على هذه الاملاك بحيث يجوز له أن ينوب عن المدين ليحول دون سقوط حق من حقوق المدين والعمل على تحقيق ما لهذا الاخير من الديون على الغير [٣] والدائن لا يعمل فى هذه الاحوال على تنمية مال المدين . لان الديون التى للمدين قبل مدينه مقررة من قبل ، بل يعمل فقط على المحافظة على بقائها حتى لا تسقط أو على تحقيقها بالفعل وادخالها فى جيب المدين ليسهل عليه تقاضى دينه منها . فاذا كان لمدينه حق قبل الغير جاز له مقاضاة مدين مدينه هذا وأخذ حقه من الدين . وفى ذلك تقول المادة ١٤١ / ٢٠٢ مدنى ما يأتى : « لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها الا لمدايني العاقد فانه يجوز لهم بمقتضى ما لهم من الحق على عموم اموال مدينهم أن يقيموا باسمه الدعاوي التى تنشأ عن مشارطاته [٤] أو عن أى نوع من أنواع التعهدات [٥] ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه » [٦]

---

(١) كابتان ص ٤١ — ٤٣ (٢) كابتان ص ٤٣ — ٤٩ والهامش ١ من ص ٤٣ ـ بلانيول ص ٩٧ — ١٠٤ ن ٢٨٠ — ٢٩٥ (٣) ولا يوجد فى القانون نص يبيح للمدين رفع دعوى باسم دائنه : استئناف ٢٤ نوفمبر سنة ٩٢١ م ت ق ٣٤ ص ١٧ ـ والدعوى هذه خاصة بطلب ضم شىء الى مال المدين لا من شأن سحب شىء من مال المدين لصالح الغير : استئناف م ١٠ يونيو سنة ٩٠٣ م ت ق ١٥ ، ٣٤٣ (٤) contrats (٥) ou de toute autre source d'obligation (٦) actions purement personnelles

وتقول المادة ١١٦٥ فرنسى ما يأتى : «لا تتعدى آثار العقد الطرفين المتعاقدين. ولا تضر هذه الآثار بالغير. ولا تفيده الا فى الأحوال المنصوص عنها بالمادة ١١٢١ »

وتقول المادة ١١٦٦ فرنسى ما يأتى : «وعلى ذلك يجوز للدائنين استعمال[١] جميع الحقوق والدعاوى الخاصة بمدينهم ماعدا ما كان منها خاصاً بشخصه المحض»[٢].

٣٢٤ — فاذا قصر المدين فى قطع التقادم الذى سيتم إضراراً به أو رفض قبول وصية أو أخذ حقه فى ميراث أو أبى الاشتراك فى قسمة الميراث جاز للدائن أن يعمل فى هـذه الأحوال ما كان يعمله المدين بالذات ، ذلك المدين الذى ما أحجم عنها الا لاعتقاده بأن مايحصله انما يذهب لجيوب دائنيه وفاء لديونهم المطلوبة لهم منه . وما كان للدائن الا أن يحل محل مدينه فى هذا العمل ولا يسـتطيع الحجز على هذه الحقوق مادام أنها لم تدخل فى مال مدينه دخولا فعلياً وتتجسـد فيه وذلك فيما يتعلق بديونه المطلوبة له . لا فيما يتعلق بالدعاوى . نعم قد يجوز أن يكون من المتصور جواز الحجز على الدعوى العقارية [٣] أو دعوى المنقول وبيعها ولـكن ذلك عديم الجدوى من الوجهة العملية لان الدعوى المطروحة للبيع لا تجد فى الغالب مشترياً [٤] . ونظراً لهذه الصعوبات العملية رأى الشارع ضرورة حلول الدائن محل مدينه فى هذه الأعمال جميعها والاباحة له بأن يعمل ما كان يعمله مدينه فيما لو أراد هذا الأخير أن يعمل سواء كان فيما يتعلق بالحقوق[٥] أو الدعاوي [٦] أي أن الشارع قرر للدائن هذا الحق وسماه بحق رفع الدعوى غير المباشرة .

٣٢٥ — وأخذت هذه الدعوى غير المباشرة المقررة بالمادة ١١٦٦ فرنسى المقابلة للمادة ١٤١ / ٢٠٢ المصرية عن الشارحين السابقين على وضع القانون الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ اذ قال بها دوما وبوتييه . ونقلها هؤلاء الشارحون عن القانون الرومانى. ولـكن الدعوى غير المباشرة فى الشرائع السابقة تختلف بكثير عنها فى الوقت الحاضر : ذلك لانه كان يعهد فى رفعها الى وصى [٧] يعمل باسم جميع الدائنين . وكان الحكم يصدر فى مصلحة الجميع بوضع اليد على كل ممتلـكات المدين [٨] . وهذه الاجراءات

---

(١) exercer (٢) exclusivement attachés à la personne (٣) action immobilière
(٤) قارن ماذكره الدكتور ابو هيف بك فى كتاب التنفيذ بند ٢٨٧ (٥) droits (٦) actions
(٧) curateur (٨) missio in possessionem

تشبه التصفية العامة فى مصلحة الدائنين [١] وهذا على خلاف ما هو معروف الآن عن هذه الدعوى فى أنها مجرد احتياط شخصى موقوف نفعه على من قام به [٢].
والدعوى على هذا الاعتبار الشخصى لا تصلح مطلقاً فيما اذا كان المدين تاجراً ما دام أن القانون التجارى يقرر الافلاس والتصفية القضائية. وذلك لأن من شأن إشهار الافلاس إيقاف جميع الدعاوى المرفوعة من الدائنين على المدين — ويقوم مقامهم وكيلهم [٣] الذي يعمل باسم جماعة الدائنين [٤] فيرفع الدعاوى باسم المدين ويحصل حقوقه باسمه أيضاً. فاذا تقرر تشريع للافلاس المدنى [٥] أصبحت المادة المقررة للدعوى المباشرة ملغاة لا عمل لها ما دام أن نائب جماعة الدائنين هو الذي يتولى العمل مكانهم فى رفع الدعاوي وتحصيل الحقوق.
هذا ويلاحظ أن الدعوى غير المباشرة لم يتسع مجال الأخذ بها فى مجالات العمل الا فى بعض أحوال خاصة تقضى بها الضرورة. والسبب فى ذلك أن المدين للدائن يداين مدينه فى الغالب بمبلغ من المال. فاذا عمل الدائن على رفع الدعوى غير المباشرة فانه لا ينتهى الا بالحاق المبلغ بجيب مدينه. وفى هذه الحالة يغلب أن يتصرف فيه هذا الأخير إضراراً بالدائن كما أنه من المؤكد بعد ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يأخذ دينه الا اذا وقع حجزاً على ما يريد التنفيذ عليه. لذلك كله لا يلجأ الدائن الى الدعوى غير المباشرة بل يوقع من أول الأمر حجزاً تحت يد مدين مدينه [٦] ثم يسير فى طريق الدعوى باسمه خاصة فيطلب تثبيت الحجز [٧] وينفذ على المبلغ وهو تحت يد مدين المدين مباشرة أو بعد إيداعه بخزينة المحكمة. فاذا أنكر المدين أو نازع فى وجوده اتخذ معه الاجراءات اللازمة للاقرار بالدين أو أخذ حكماً عليه بقيمة الدين واستولى عليها بمقتضى حجزه السابق توقيعه [٨].

---

(١) liquidation collective (٢) mesure individuelle (٣) syndic (٤) masse
(٥) faillite civile (٦) saisie-arrêt (٧) validité (٨) راجع كتاب الدكتور ابو هيف بك بند ٤٣٧ وما بعده

١ — فى الحقوق والدعاوى التى يجوز للدائن استعمالها

٣٢٦ — الأصل فى القاعدة أنه يجوز للدائن أن يستعمل حقوق ودعاوى مدينه بوجه عام ما دام أنها تستحيل الى مبلغ من المال . فيجوز أن يقيد الرهن (١) الضامن لحق الدين اذا حصل عقد الرهن ولم يقيده الدين فى السجل العمومى ، ويجوز له أن يسجل عقد شراء عقار اشتراه المدين ولم يسجله ، وأن يطلب القسمة ويرفع دعوى استرداد المبيع بيعاً وفائياً أو المرهون رهنا وفائيا (٢) ودعوى فسخ عقد البيع (٣) لعدم دفع الثمن ودعوى الضمان التى توجه ضد البائع .

هذه أمثلة عامة للقاعدة الاصلية فى أن للدائن حق استعمال حقوق ودعاوى المدين

٣٢٧ — ولكن المادة ١٤١/٢٠٢ مدنى و ١١٦٦ فرنسى استثنت من هذه القاعدة العامة الحقوق والدعاوى الشخصية المحضة . وهى كثيرة منها

١) **الحقوق غير المالية** (٤) وهى الحقوق التى لا تستحيل الى مبلغ من المال يضاف الى أملاك الدين مثل الحقوق العائلية أي الحقوق المتعلقة بالاحوال الشخصية . فلا يجوز حينئذ للدائن أن يرفع دعوى انكار النسب(٥) ولا دعوى اثبات النسب(٦) ولا دعوى الطلاق ولا دعوى ابطال الزواج. ولا دعوى تعيين المدين ناظراً لوقف(٧) ولكن يحصل أن من بين هذه الدعاوي ما يكون له صلة بمال المدين فيؤثر فيه تأثيراً ظاهراً مثل ثبوت نسب المدين الى رجل مات غنياً فانها شخصية ولايجوز للدائن رفعها مع تأكد مصلحته فيها . وكذلك دعوى الطلاق ودعوى إبطال الزواج فانها تظل عائلية أدبية لا تصطبغ بصبغة مالية فلايجوز لدائن الزوج أن يطلب الحكم بطلاق زوجة مدينة ولا أن يطلب فسخ الزواج . حتى ولو مات الزوج فلا يجوز لدائنه ذلك أيضا لأن له أن يستوفى دينه من التركة قبل كل وارث أخذاً بالقاعدة الشرعية المعروفة بأن لا تركة إلا بعد دفع الدين

---

(١) inscription (٢) action en réméré (٣) action en résolution .
(٤) droits extra-patrimoniaux بلانيول ص٩٩ن٢٨٥ (٥) action en désaveu
(٦) action en recherche de filiation (٧) استئناف ٧ مايو سنة ٩٦ مت ن،٨، ٢٧٠

٢) **بعض الحقوق المالية** [١] الاصل أن الحقوق المالية يجوز فيها رفع الدعوى غير المباشرة . ولكن هناك بعض من هذه الحقوق لا يصح أن تسري عليها الدعوى المباشرة من ذلك :

١) **الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها مطلقا** [٢] هذه الحقوق لا فائدة منها ألبتة للدائن ما دام أنه ممنوع بالقانون من التنفيذ عليها لأخذ دينه منها لذا لا فائدة له من رفع الدعوى غير المباشرة . فلا يجوز له المطالبة بمرتب الموظف ولا المستخدم (المادة ٤٣٤/٤٩٦ مرافعات) ولا رفع دعوى بالنيابه عن المدين بشأن المبالغ الموهوبة أو الموصى بها للنفقة أو المشترط فيها عدم جواز الحجز عليها (٤٣٦/٤٩٨ مرافعات) الا اذا كان من الاشخاص الذين يجوز لهم الحجز في هذه الظروف . واذا اشترى مزارع عقاراً ودخل هذا العقار ضمن العقارات الصغيرة المملوكة لصغار المزارعين والتي لا يجوز الحجز عليها فقد يجوز القول بان ليس للدائن طلب تسجيل العقد [٣] وكذلك الحال أيضاً بشأن المادة ٤٥٥/٥١٨ مرافعات وما ورد بها من القيود الا بالنسبة لمن يجوز لهم الحجز فيها وهم بالنص أصحاب ديون النفقة وأجرة المسكن

٢) **الحقوق الشخصية المحضة** : أخذ واضعو القانون الفرنسي هذه العبارة عن الشارحين الفرنسيين المعروفين قبل سن ذلك القانون . ويلاحظ على هذا التقييد أنه غامض ويفتح دائماً أبواب الاخذ والرد لابهامه . وهي تنحصر في أنها حقوق مالية وقابلة للحجز ويمكن تحويلها الى مبالغ من المال والحاقها بمال المدين ولكنها مع ذلك لا تنفصل عن شخص صاحبها وهو المدين وتتصل به اتصالا محكما للرابطة الادبية المحكمة أورابطة الاتصال الكلي كدعوى المطالبة بتعويض نظير سب أوقذف وقع على المدين الا اذا كانت الدعوي قد رفعت أو سبق تقديم شكوى بالسب للنيابة

في حق المطالبة بالشفعة : وما القول بشأن حق الشفعة هل هو شخصي أو

---

(١) droits patrimoniaux بلانيول ص٩٩ن٩٩ (٢) droits absolument insaisissables (٣) ولكن يصح القول ايضا بالجواز لان عدم جواز الحجز مقيد بكون المدين لا يملك اكثر من خمسة افدنه وقت تسديد الدين ووقت توقيع الحجز او طلب نزع الملكيه وان محافظة الداين على حقوق المدين قد تجعله يملك اكثر من خمسة افدنه فيكون له مصلحة ويجوز له التنفيذ فيها.

مالى ؟ القول المفتى به أنه شخصى ولا يجوز للدائن المطالبة به . وهو كذلك فيما اذا رجع فى أصل الشفعة الى رفع ضرر الجوار . ولكن هل يظل هذا الرأي صحيحاً فيما اذا كان من وراء المطالبة بحق الشفعة زيادة فى قيمة العقار الاصلية ورفع لضرر يهدده ، أو رفع لحائل كان ينزل بقيمته بحيث اذا رفع زادت قيمته بنسبة عظيمة؟ محل التردد فى الاخذ برأي مناقض هو لأن الاستناد الى زيادة قيمة مال المدين أمر يدخل فى ادارة هذا المال . وهذا هو غير العمل على تحصيل حق من الحقوق ، اذ الثانى أصل للدعوى غير المباشرة ، والاول أجنبى عنها لذا كان الجزم بشخصية حق الشفعة ادعى الى قفل باب الاخذ والرد على غير جدوى

الرضاء فى الهبة : هل يجوز للدائن أن يحل محل مدينه فى الرضاء بالهبة رضاء رسميا إذا أبى المدين قبول الهبة ؟ نقول لا . لأن الرضاء هنا متصل بمصلحة شخصية للموهوب له اتصالا أدبيا أخلاقيا ويستحيل على الدائن الحلول محل المدين فى هذه الاعتبارات غير المالية . وهذا على خلاف ما رأيناه بشأن الوصية والميراث لأن الحق يتقرر فيهما بمجرد حصول الوفاة رضى الموصى له أو الوارث الثبوت نسبه أو لم يرضيا . بخلاف الهبة فانها لا تتم الا برضاء الموهوب له رضاء رسميا (المادة ٤٨ / ٧٠ مدنى و ٩٣١ فرنسى)

وما القول فيما اذا مات المدين الموهوب له دون اظهار رضائه بقبول الهبة ؟ ماقرره القانون هو جواز اظهار الرضاء بواسطة الورثة المتمتعين بالأهلية أو بواسطة أصحاب الولاية عليهم اذا كانوا عديمى الأهلية (المادة ٥١ / ٧٣ مدنى و ٩٣٤ فرنسى) فهل الدائن ازاء الوارث صاحب الاهلية أو ازاء صاحب الولاية هو هو بعينه ازاء المدين المتوفى ؟ نظن أن للاعتبارات الشخصية الأدبى منها والاخلاقى أثراً فى هذا الرضاء . لذا نميل الى منع الدائن من الحلول فى هذه الحالة . ونخشى القول بالأخذ بنظرية الاعتساف فى استعمال الحقوق [1] فيما اذا أصر الورثة أو أصحاب الولاية عليهم على الاضرار بالدائن، نخشى ذلك لان تقدير الاعتساف فى دائرة الأخلاق والآداب محفوف بالخطورة والاحراج ويخشى معه شيوع الخطأ ، لدقة هذا التقدير ووعورة الغوص فيه

(١) théorie de l'abus des droits

٣) **التعويض عن الاصابات الشخصية** : قيل عن هذا التعويض انه شخصى محض ومتصل بنفس المصاب فاذا شاء المطالبة به فعل واذا لم يشأ فلا يفعل وقيل إن السبب فى ذلك ان هذه الدعوى هى من نوع دعاوى الانتقام والأخذ بالثأر من طريق القضاء [1] ولكن لوحظ على هذا الرأى انه غير صالح لتبرير الحظر فى رفع دعوى التعويض لان دعوى التعويض من جنحة أو شبه جنحة لا ترمى مطلقاً الى الانتقام والتشفى من الفاعل بل هى ترمى الى سد الثغرة التى تسبب فى فتحها الفاعل بمال المصاب

ب . — فى شروط الدعوى غير المباشرة[2]

٣٢٨ ـ لقد اختلف الشارحون فى معرفة ماهية هذا الحق المقرر للدائن فى رفع الدعوى غير المباشرة وكيانه القانونى [3] وكتبوا فيه كثيراً واستنتجوا كثيرا وقيدوه بشروط عدة . فقال بعضهم بتشبيه هذا الحق المقرر بالمادة ١٤١ / ٢١٢ مدنى و ١١٦٦ فرنسى بعمل من أعمال التنفيذ [4] أى بالحجز على أملاك المدين . ورتبوا على ذلك النتائج الآتية : وهى ضرورة أن يكون دين الدائن مستحقاً حالا وقابلا للتنفيذ . ولكن لايمكن قبول مثل هذا الرأى لانه يخالف الحقيقة على خط مستقيم وذلك لان الدعوى غير المباشرة هذه لايقصد بها الحجز ولا نزع الملكية بل الغرض منها منع المدين من التسبب فى ضياع شىء من ماله . — وقال البعض الآخر برأى يناقض الرأي الاول اذ قالوا بأن هذه الدعوى غير المباشرة لم تخرج عن كونها مجرد احتياط تحفظى . ولوحظ على هذا الرأي الاخير من الوجهة القانونية البحتة انه هو الآخر غير صحيح وذلك لان الدائن فى رفعه لهذه الدعوى انما يعمل على التدخل فى شؤون المدين وأحواله وهو يرمى بذلك الى الحصول على مبلغ مملوك للمدين بالذات

٣٢٩ ـ والاصح فى هذا كله هو عدم الاخذ بهذين الرأيين لانه يترتب على الاخذ بواحد منهم خلط فى تقرير الاصول القانونية ويجب حينئذ تفسير المادة

(١) vendicatum spiraus ص، ٨١، ٢، ٢١ ومقال «لابيه Labbé » (٢) كابتان ص ٤٤ . ـ بلانيول ص ١٠٠ ن ٢٨٧ وما بعدها (٣) nature juridique (٤) acte d'exécution

١٤١/ ٢٠٢مدنى و ١١٦٦ فرنسى تفسيراً لا يخرج عما قررته هى بلا قيد ولا توسع. ذلك أنها تقرر للدائن حقا خاصا ولا تشترط شرطا ما ولم تقيده بقيد ما . وعلى ذلك فلا يحل للمفسر أن يأتى من عندياته بقيود لم ينص عليها القانون ولم تقل بها نفس القواعد القانونية العامة [١] وبناء على هذا التفسير الاخير يمكن القول بالتجويز للدائن الذى لم يكن معه سند واجب النفاذ ، باستخدام الدعوى غير المباشرة لان السند التنفيذى لا يشترط الا فى حالة الحجز على أملاك المدين [٢]

٣٣٠ ـ ويرى جمهور الشراح أنه يجب فى دين الدائن أن يكون مستحقا حالا [٣] من باب أولى وأن لا يكون معلقا على شرط وحجتهم فى ذلك انه اذا لم يكن دين الدائن مستحقا لوقته ذهب عمله على غير جدوى، ما دام انه لا يستطيع أخذ دينه بمجرد نجاحه فى الدعوى ولكن يلاحظ على هذا الرأى انه ليس من الاقناع الى حد السكوت عليه : ذلك لانه قد يكون للدائن المعلق دينه على شرط أو الموقوف على زمن مصلحة ظاهرة فى منع مدينه من التسبب فى ضياع جزء من ماله يعول عليه هذا الدائن فيما بعد عند ما تأذن ساعة الوفاء .أوالرأى الصحيح فى نظرنا هو انه سواء أ كانت مصلحة الدائن مستقبلة أم محتملة ففى ذلك الكفاية فى تبرير تدخله فى شئون مدينه متى كان لذلك مسوغ . وعلى ذلك يكفى فى دين الدائن أن يكون محققا [٤] فاذا ثبت هذا التحقق جاز له رفع الدعوى غير المباشرة بلا قيد ولا شرط آخر متى لمح خطراً محدقاً به حالا أو مستقبلا من جراء سكون مدينه وسكوته

٣٣١ ـ واذا كان الدائن صاحب الدين المحقق يرفع الدعوى غير المباشرة فهو يخضع حينئذ للقيود الخاصة بكل دعوى : أى يجب عليه اقامة الدليل على وجود مصلحة له من رفعها [٥] لانه اذا انتفت المصلحة انتفت معها الدعوى [٦] وهذه المصلحة مقدرة بالخطر الذى يهدده أى اعسار المدين [٧] عند الوفاء أو اهمال المدين

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٤٧ (٢) س ، ٩٠٢ ، ١ ، ١١٣ وشال ليون كان Lyon-Caen (٣) بلانيول ص ١٠١ ن ٢٨٧ ف ٢ . ـ استئناف م ١١فبراير سنة ٩١٣ م ت ق ، ٢٥ ، ١٦٨ (٤) certain (٥) بلانيول ص ١٠٠ ن ٢٨٧ ن ١ . ـ استئناف م ٦ مارس سنة ٩٥ م ت ق ٧ ، ١٧١ (٦) pas d'intérêt pas d'action (٧) in-solvabilité

فى المحافظة على حقوقه : فاذا تبين أن ليس هناك اهمال وأن المدين موسر وليس معسرا فقد وجب رفض الدعوى [(١)]

ولا يكره الدائن على البـدء أولاً بالقيام بانذار مدينـه بالوفاء واثبات التأخير عليه [(٢)] لانه فى رفعه للدعوى غير المباشرة لا يطلب الوفاء انما هو يعمل على منع المدين من الاضرار مباشرة أو بطريق غير مباشر بدائنه أى يعمل على الحاق الدين بمال المدين .

ولا يلزم الدائن أيضا بأن يرفع أولا دعوى يطلب فيها احلاله محل مدينه تمهيداً لرفع الدعوى غير المباشرة بعد ذلك . لان رفع أى دعوى جائز لكل ذى مصلحة ولا حرج على من يريد رفعها . فلا محل لقيد لا فائدة تعود من ورائه [(٣)]

على أن العمل قد جرى أن لا يسير الدائن مع مدين مدينـه فى الدعوى دون ادخال مدينه خصما فيها [(٤)] وهو لا يعمل ذلك من طريق الخضوع لقيد قانونى ما دام انه يعمل بحق مقرر له [(٥)]، انما يعمل ذلك من طريق الحيطة حتى اذا دفع مدين المدين الدعوى بعدم صحة الدين أصبح ذلك فى مواجهـة المدين ووجب على هذا الاخير الدفاع عن حقه . على انه اذا أهمل الدائن فى ادخال مدينه خصما فى الدعوى فان مدين المدين لا يتردد عادة فى أن يدخله فى الدعوى حتى يصبح الحـكم حجة على الجميع اذ من المقرر أن الحـكم الصادر فى هذه الحالة لا يسرى على المدين الا اذا كان طرفا فى الدعوى كما سيتبين من النبذة التالية .

جـ — فى نتائج الدعوى غير المباشرة

٣٣٢ ـ تختلف آثار الدعوى باختلاف الاحوال وهى ثلاث :

١) **آثار الدعوى بالنسبة لمدين المدين** : يدفع مدين المدين الدعوى فى مواجهة الدائن كما يدفعها فى مواجهة دائنه هو . أى انه يدلى بجميع الادلة التى كان يدلى بها فيما اذا خاصمه دائنه هو

(١) س ، ٧٣ ، ١ ، ١٤٥ (٢) mise en demeure (٣) س ، ٩١ ، ٢ ، ٢٣٣ ومقال لاكوست Lacoste (٤) mise en cause (٥) قارن استئناف م ١٩ فبراير سنة ٩٢٠ م ت ق ، ٣٢ ، ١٥٩

٢) آثار الدعوى بالنسبة للمدين : ان الدعوى غير المباشرة حق خاص للدائن يستعمله للحيلولة بين مدينه ونزعة هـذا الاخير الى الاضرار بدائنه عمداً أو اهمالا . وليس من شأن الحق الخاص هذا تعطيل مزية التصرف في الحقوق لدى المدين الاصلي . فالمدين حر حينئذ في التصرف في حقوقه . ومنها حقه قبل مدينه على شرط أن لا يكون المقصود من التصرف نية الاضرار بالدائن . ولم يوجد نص يحظر هـذا التصرف على المدين كما وجد النص عليه في حالة الحجز العقاري المختلط وكما نقول به نحن في حالة نزع الملكية من طريق « من باب أولى » رغم معارضته المعارضين. وعلى ذلك يجوز للمدين بعد رفع الدعوى غير المباشرة من الدائن. أن يتصالح أثناء سيرها مع مدينه على الدين وان كان ذلك ضاراً بالدائن ولكن القانون لم يحظره لان الدعوى غير المباشرة لا ينتج عنها الحجر على المدين ولا الحجر على حقوقه [1] لانها لم تكن بمثابة حجز ولا نوعاً من الحجز

هذا فيما يتعلق بالاعمال الادارية الصادرة من المدين نفسه ولكن ما القول بشأن الحكم الصادر في الدعوي غير المباشرة فهل هو الآخر لا يسري على المدين ؟ اذا رجعنا الى المبادىء القانونية البحتة نرى انه لا يسري عليه لأنه لم يكن طرفاً فيه ولأن الدائن في رفعه للدعوى أنما يعمل بحقه الخاص رغم كونه يطالب بحق مدينه ، ولأنه لا يعتبر ممثلا قانونا لمدينه . ولكن رأينا أن العمل قد جري عادة على جعل المدين خصما في الدعوى سواء كان دخوله بارادة الدائن أم بارادة المدين أم بارادته هو فيما اذا أراد الدخول في الدعوى خصما ثالثا لوجود مصلحة له لانه هو صاحب المصلحة الحقيقية الأصلية . وما دام انه داخل في الدعوى أصبح الحكم حتما حجة عليه .

٣) في آثار الدعوى بالنسبة لبقية الدائنين : ما دامت الدعوى حقاً خاصاً بالدائن وهو الرافع لها فقد يظن انه ينبني على ذلك أن تصبح نتائج الدعوى محصورة فيه هو لا تتعداه الى غيره من زملائه الدائنين الآخرين ولكن الرأي الغالب يقول بعكس ذلك ويقول بأن لبقية الدائنين حق الاستفادة مع الدائن رافع

(١) mainmise

الدعوى من الحق الذى استحال الى مبلغ من المال وأضيف الى جيب المدين [1] والحجة فى ذلك أن الغرض من رفع الدعوى هو اضافة المبلغ الى مال المدين . أى رد حق المدين الى ماله هو . فاذا كان كذلك فلا معنى لقصر هـذا المبلغ على الدائن رافع الدعوى وإيقافه عليه دون غيره وقصره عليه خاصة لأن قصر المبلغ على الدائن رافع الدعوى دون الآخرين لا يكون الا اذا كان نتيجة الحجز لا نتيجة الحكم لان الحكم لا يقرر امتيازاً لصاحبه وعلى ذلك يجوز للدائنين الحجز على هذا المبلغ ومقاسمة الدائن الآخر فى توزيعه على الجميع .

ومهما قيل عن عدم صواب هذا الرأى لمعارضته للخصيصة الاصلية لحق رفع الدعوى غير المباشرة وهى كونها حق شخصى [2] خاص برافعها فان العمل جرى على مالا يجعل هنا محلا للأخذ والرد فى هذا الشأن وذلك لأن المدين الاصلى يكون فى الغالب خصما فى الدعوى . وما دام الأمر كذلك فالحكم الذي يصدر فيها هو حكم للمدين بالحاق مبلغ الدين الى جيبه هو لا الى جيب غيره ومتى تم ذلك فلا معنى لأن يستأثر به أحد الدائنين دون الآخرين . بل الكل سواء فى اقتسامه. ومع تقدير غياب المدين عن الدعوى فان الحكم فى هذه الحالة حكم للمدين لا للدائن

هذا واذا كان الحق المطلوب الحاقه بمال المدين وادماجه فيه هو من الحقوق التى لا يمكن التنفيذ عليها مباشرة بل لا بد للدائن بعد ذلك من ضرورة اتباع اجراءات خاصة كالمرتبات المقررة بسندات الحكومة [3] جاز فى فرنسا [4] للدائن رافع الدعوى غير المباشرة أن يطلب الى المحكمة المنظورة أمامها هذه الدعوى أن تقرر له بيع هـذه

---

(١) استئناف م ١١ فبراير سنة ١٣ م ت ق ، ٢٥ ، ١٦٨ . ـ ٢٥ يناير سنة ٩١٧ ، ٢٩ ، ١٨٠ ــ ١٢ مايو سنة ٩٢١ ، ٣٣ ، ٣٣١ (٢) individuel (٣) rentes sur l'Etat

(٤) . ـ ومن قبيل ذلك مافعلته محكمة الاستئناف عند ما رفع اليها التماس عن خطأ فى الحساب بنص الحكم وهو خطأ يتشابه مع القضاء بأكثر مما طلبه المدعى ultra petita فقررت قبول الالتماس مع ذلك وتصحيح الخطأ تفاديا من تحمل مصاريف فى دعوى التصحيح الاخرى : استئناف ٢ ديسمبر سنة ٩١٣ الشرائع ١ ص ٩٣

الاشياء وأن يتقاضى دينه من ثمنها دون الحاجة الى الاجراءات الاخرى [١] وتفاديا من مصاريف لا محل لها [٢]

ويصح للمحكمة الاهلية أن تجري التخصيص المشار اليه فى المادة ٥٠٨ مرافعات التى لا مقابل لها فى المختلط بشرط أن يكون الحجز قد توقع من قبل على المبالغ غير المستحقة الدفع تحت يد غير المدين التى أشارت اليها المادة المذكورة متى كانت الدعوى غير المباشرة قائمة أمام هذه المحكمة وذلك لأن ما يملكه قاضى الأمور المستعجلة تملكه المحكمة المعتادة اذا طلب منها الحكم فرعياً بصفة طلبات مؤقتة [٣]

٢ — فى دعوى الابطال

أي دعوى إبطال تصرفات المدين [٤]

٣٣٣ — دعوى الابطال [٥] أو الدعوى البولصية [٦] كما يقولون فى المحاكم هى الدعوى التى يرفعها الدائن توصلا الى ابطال التصرفات الصادرة من مدينه اضرارا به ليحول بينه وبين تقاضى دينه ويلجأ المدين لهذا التصرف اذا اشتد به الضيق وأخذ اليأس بخناقه [٧] فيعمل على أن يهب للاقارب أو يبيع بأبخس الثمن أو يستبدل أملاكه بما يسهل معه تبديد قيمتها وهكذا من الوسائل التى يعمل بها مدين ضعفت فيه النخوة وزالت عنه كرامة النفس . وهذه الدعوى هى احدى نتائج حق الضمان العام المقرر للمدين على جميع أملاك مدينه

وقد كان لهذه الدعوى شأن يذكر عند الرومان وعند المفسرين السابقين على وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ ، واهتم بها رجال التفسير فى الوقت الحاضر . أما

---

(١) س،٤، ٩٠٤ ، ٢٨٠،١ ومقال « تيسيية Tissier » (٢) أما فى مصر فان قانون المرافعات قد نظم الاجراءات بحيث يجب اتباع نصوصه دائما والقيام بعمل الحجز بالطريقة التى رسمها القانون وطلب البيع بهذه الطريقة ايضا ـ راجع فى هذا الموضوع بالذات كتاب الدكتور ابو هيف بك فى التنفيذ بند ٦٠١ ففيه مقارنة بين التشريعين المصرى والفرنسى فى موضوع حجز الايرادات والديون

(٣) راجع كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٦١٣ وكتب المرافعات أيضاً له بند ١٠٢٤ والمراجع الواردة به (٤) كابتان ٤٩ ـ ٦٢ والهامش ١ من ص ٤٩ . بلانيول ص ١٠٥ ـ ١١٦ ن ٢٩٦ ـ ٣٣٦ (٥) action révocatoire (٦) نسبة الى بولص البريتور الرومانى action paulienne (٧) débiteur aux abois

فى القضاء فقد أخذت دوراً هاماً وامتد سلطانها الى أبعد مما وضعت له أصلا وكانت سبباً فى دخول بعض الالتزامات الادبية أو الضميرية الى حظيرة القانون ونزولها الى حظيرة القانون وجزائه ، أي أنها قربت بين الاخلاق والقانون . وهذا أثر من آثار نمو الحركة المدنية فى العالم الحاضر بما تأتى به من سيول جارفة تقضى على القديم وتحيى الحديث كما تقضى بذلك نواميس الحياة . أما أدوارها التاريخية وأهمها الدور الرومانى فقد اتصل بعضها بالبعض وتماسكت بحيث لا يمكن الاستغناء عن الالمام بالماضى فى فهم الحاضر . لذا نوجز لكل دور كلمة ثم نأتى بعد ذلك على بيان أركان النظرية فى الوقت الحاضر وشعبها المختلفة التى امتدت فى عالم القضاء

١ — دعوى الابطال عند الرومان

٣٣٤ — هى من أوضاع القاضى (البريتور) عند الرومان وتقررت مدة الجمهورية وقبل ظهور سيسرون[١] وأول من قال بها القاضى « بولص[٢] » وقررها بشكل الدعوى ذات الصبغة الجنائية وكانت ترفع ضد الغير وهو المتهم بالاشتراك مع المدين بالقيام بأعمال تدليسية [٣] لسلب حقوق الدائنين وكان يحكم فيها بحكم مالى اي بالزام الغير بدفع مبلغ من المال . وتقرر الأخذ بها بعد ذلك ضد الموهوب له الذى استفاد من جريمة المدين دون أن يعلم بها وكانت هذه الدعوى من فصيلة الدعاوى التخييرية [٤] وهى الدعاوى التى كان القاضى يخير فيها المدعى عليه بين أن ينفذ أمره[٥] وهو الامر الصادر منه بتكليف المدين برد الشيء المأخوذ بلا حق الى مال المدين ، وأما الحكم عليه بمبلغ من المال وكان المدين فى الغالب يقوم بتنفيذ الامر الاول تفاديا من دفع مبلغ جسيم . وهذا ما جعل بعض المفسرين يقولون بان هذه الدعوى هى من فصيلة الدعاوى الخاصة برد الشيء الى أصله[٦] أى دعوى الالغاء[٧] التى يستعان بها فى طلب الغاء العقد التدليسى[٨] أى دعوى ذات صبغة عينية [٩]

(١) Cicéron (٢) Paulus (٣) manœuvres frauduleuses (٤) actions arbitraires (٥) arbitratus (٦) in integrum restitutio (٧) action en nullité (٨) acte frauduleux (٩) action in rem

تشبه دعوى تثبيت الملكية [١] مع أن الصبغة الشخصية لهذه الدعوى لم تكن مشكوكا فيها البتة فى العصر العلمى للقانون الرومانى[٢]

ب — دعوى الابطال عند شراح فرنسا

قبل سنة ١٨٠٤

٣٣٥ — أخذ هؤلاء الشارحون عن الرومان هذه النظرية . وقال بها بوتييه وغيره ولم يكن لها من الشأن عندهم ما هى معروفة به الآن وذلك نظراً لأن التعاقد عندهم كان يغلب فيه أن يكون أمام الموثق وكان من نتائجه تقرير حق رهن للدائن وحق تتبع على جميع أملاكه فى أى يد وجدت . ولما جاء عصر القانون المدنى الموضوع سنة ١٨٠٤ اكتفى الشارع بأن وضع لهذه النظرية الهامة المادة ١١٦٧ فرنسى دون غيرها وغرضه من ذلك الرجوع الى الرومان فيما قرروه بشأنها .

ح — دعوى الابطال فى الوقت الحاضر

٣٣٦ — اكتفى الشارع الفرنسى بالمادة ١١٦٧ مع اتساع أرجاء هذه النظرية وبعد مناحيها وتشعب صورها . وقررت هذه المادة ما يأتى : « ولهم أيضاً وباسمهم خاصة أن يطعنوا فى العقود الصادرة من مدينهم من طريق التدليس بحقوقهم . — على أنه يجب عليهم فيما يتعلق بالحقوق المقررة بباب المواريث وباب عقد الزواج والحقوق المتبادلة للزوجين ، أن يأخذوا بالقواعد المقررة بها » .

وأما القانون المصرى فقد قرر هذه النظرية في مادتين من طريق التكرار وبطريقة واحدة دون أن تأتى احداهما بما لم تأت به الأخرى. قالت المادة ١٤٣ / ٢٠٤ مدنى: « للدائنين فى جميع الأحوال الحق فى طلب ابطال [٣] الأفعال [٤] الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم [٥] وفى طلب ابطال ما حصل منهم من التبرعات [٦] وترك الحقوق [٧] اضراراً بهم [٨] » . وقالت المادة ٥٥٦ / ٦٨٠ مدنى مايأتى : « لا يجوز

(١) action en revendication (٢) période classique (٣) annuler (٤) actes (٥) en fraude (٦) donations (٧) renonciations (٨) à leur préjudice

الطعن[١] من الدائنين فى تصرف مدينهم فى أمواله بمقابل[٢] الا اذا كان التصرف حاصلا للاضرار بحقوقهم[٣] » : والمادة الثانية هذه تكرار للاولى وكلتاهما تقرر ما قررته المادة ١١٦٧ الفرنسية . لذلك كان من الواجب فى تفسير القانون المصرى الرجوع حتماً الى القانون الفرنسى الذى رجع الى القانون الرومانى .

على أن هناك فروقاً بارزة بين النظرية الحاضرة وبينها عند الرومان وذلك أن دعوى الابطال عند الرومان كانت ترمى الى تصفية أملاك المدين فى مصلحة جميع الدائنين[٤] وكان يقضى بها عرضاً عند ما يقضى « البريتور » بجعل أملاك المدين ضماناً لدفع ديون الدائنين[٥] وكان الذى يتولى القيام بها نائب[٦] عن جماعة الدائنين الذين كانوا يستفيدون جميعاً من نتائجها . أما فى الوقت الحاضر فانه لم تشرع بعد نظرية الافلاس المدنى أو الاعسار[٧] وهى التى يؤخذ فيها كما يؤخذ فى الافلاس التجارى من وجوب جعل اجراءات الطعن عامة تشمل جميع الدائنين من طعن منهم ومن لم يطعن فى تصرفات المدين . وعلى ذلك يجوز لكل مدين على حدة الآن أن يطعن باسمه خاصة كما تقول المادة ١١٦٧ مدنى فرنسى (وهو المستفاد أيضاً من المادتين المصريتين) وأن يرفع دعوى الابطال ، وفى هذه الحالة يستفيد هو وحده من نتائجها دون الآخرين من بقية الدائنين . ودعوى الابطال تعتبر الآن دعوى خاصة برافعها[٨] أى دعوى شخصية له .

والآن نرى التكلم على المسائل الآتية : ١) شروط دعوى الابطال — ٢) أعمال المدين التى يمكن الطعن فيها — ٣) الدائنون الذين يطعنون فيها — ٤) آثار الدعوى

---

(١) attaquer (٢) aliénation à titre onéreux (٣) en fraude
(٤) liquidation collective (٥) missio in bona debitoris rei servandae causa
(٦) le magister أو le curator bonorum (٧) déconfiture (٨) action individuelle

٤ — فى شروط دعوى الابطال

٢٣٦ مكرر — شروطها ثلاثة ضرر وتدليس وتواطؤ [(١)]

§ ١ — الشرط الاول : الضرر أو الضرر المادى

٢٣٧ — يراد بالضرر [(٢)] الضرر الواقع على الدائن [(٣)] من جراء تصرف المدين . ولم ترد هذه الكلمة بالمادة ١١٦٧ فرنسى ولا بالمادة ٥٥٦ / ٦٨٠ مدنى مصرى ولكنها وردت بالمادة ١٤٣ / ٢٠٤ مدنى مصرى . وسواء وردت أم لم ترد فانه لا بد من توافر الضرر من أجل قبول دعوى ابطال التصرفات لانه شرط أساسى للدعوى بحيث اذا انتفى انتفت الدعوى أخذاً بالقاعدة المعروفة اذا انتفت المصلحة انتفت الدعوى . والضرر هو إما ايجاد حالة اعسار جديد لدى المدين أو زيادة اعساره القديم اعساراً . فاذا انتفى الاعسار وجب رفض الدعوى حتى لو كان العمل المطعون فيه حائزاً للشروط الاخرى أي حتى لو كانت نية المدين مشبعة بروح التدليس بالدائن ومنصرفة الى الاضرار به [(٤)]

٢٣٨ — وعلى ذلك تترتب النتائج الآتية :

١) اذا باع المدين عقاراً مرهوناً للدائن بثمن جدي استغرقه مبلغ الدين فلا يجوز للدائن الآخر الطعن فى ذلك العمل

---

(١) استئناف ١٧ مارس سنة ٩١٠ م ت ف ٢٢، ٢٠٣ — ١٠ يناير سنة ٩١٨، ٣٠، ١٤١ — جزئى ٢٦ اكتوبر سنة ٩٠٣ م ر ا، ٥ ص ١٩٩ وقررت محكمة الاستئناف المختلطة (٢٣ نوفمبر سنة ٩١٦، ٢٩، ٦٧) ان للدائنين حق الضمان على جميع ممتلكات المدين ولهم حق ابطال اى عقد صدر اضرارا بهم فلهم حينئذ طلب ابطال عقد رهن صدر من مدينهم للغير ، وانه ليس لهذا الغير ان يدفع دعواهم بان هناك عقارات اخرى غير مرهونة تفى بديونهم ولا يرفعون دعوى ابطال التصرفات الا عند التوزيع وظهور عجز فى سداد ديونهم . وذلك لان لكل دائن الحق فى الانتفاع من حق رفع دعوى الابطال ما دام هذا الحق قد تقرر له بمجرد حصول العقد التهريبى . (٢) préjudice (٣) eventus damni (٤) د، ٩٠٤، ١، ٥٥٢ — س، ٩٠٦، ١، ٥٠٨ .

٢) اذا وفى المدين دينه لدائن فلا يجوز الطعن فى عمله . أي أن الوفاء [1] خارج عن دعوى الابطال [2] وذلك لان الوفاء بالدين لا يعتبر فى ذاته عملا من الاعمال التى ترمى فى الحقيقة الى انتقاص مال المدين وافقاره ولا يعتبر ضاراً بالدائنين ما دام انه لم يمس المال المخصص للوفاء بديونهم [3] . نعم وان كان القانون التجارى قرر بالمادة ٢٢٧ / ٢٣٥ تجارى و٤٤٦ فرنسى وبالمادة ٢٢٨ / ٢٣٦ تجارى و٤٤٧ فرنسى جواز الطعن عند الافلاس فى أنواع الوفاء الحاصل من المدين لبعض دائنيه ، فذلك راجع الى تلك القاعدة الاجنبية عن القانون المدنى والتى يجهلها وهى انه يجب على التاجر متى لمح أن بوادر الافلاس قد لاحت عليه ان لا يدفع ديناً ما ويجب أن يترك الامر فى ذلك الى القضاء ليتولى هو بنفسه أمر توزيع ماله على دائنيه بعد الحكم عليه باشهار افلاسه [4]

٣) ان دعوى الابطال لا ترفع الا باعتبارها وسيلة تكميلية [5] للدائن ليتمكن بها من التنفيذ على أموال مدينه التى هربت ولذلك فهى لا تقبل الا اذا أعوز المدين

(١) paiement (٢) س ، ٩٦ ، ١ ، ٥١٩ (٣) كابتان ص ٥٢ بلانيول ص ١٠٧ ن ٣٠٦ وهو ما قرره الرومان ايضا . لان الدائن الذى دفع له دينه لم يأخذ شيئا لا يستحقه : د ، ٦٩ ، ١ ، ٢٠٠ . ـ س ، ٦٩ ، ١ ، ١٤٩ . ـ ٣٠ مايو سنة ٩١٤ ، ٢٦ ، ٤٠٢ . ولا يبطل عمل الدائن الذى سعى فى الحصول على ضمان دينه فى الوقت الذى يرى فيه الدائنون يفعلون فعله استئناف م ٣٠ مايو سنة ٩٥ م ت ق ، ٧ ، ٣١٦ . استئناف ٢٧ مارس سنة ٩١٨ م ر ١ ، ٢٠ ص ٢١ عدد ١٩ . ـ حكم استئناف ١٦ يوليو سنة ٩١٢ م ر ١ ، ١٤ ص ١٧ . ـ واذا كان للدائن الحق فى تقاضى دينه من مدينه ولو ترتب على ذلك ضرر ببقية الدائنين فشرط ذلك ان لا يكون نتيجة تواطؤ تدليسى بين الدائن هذا ومدينه بقصد الحاق الضرر ببقية الدائنين استئناف م ١٧ ابريل سنة ٩١٢ م ت ق ، ٢٤ ، ٢٨٧ . وذلك سواء كان الوفاء بالنقد (وذلك كما اذا دفع دينا مؤجلا الى أجل أو بغير النقد dation en paiement اذ يجوز فى هذه الحالة ايضا ابطال الوفاء بغير النقد اذا كانت قيمة الشىء المدفوع لا تتناسب مع قيمة الدين : استئناف م ١٥ يونيو سنة ٩١٦ م ت ق ، ٢٨ ، ٤٣٣ أو كان الوفاء بالشىء نتيجة تواطؤ تدليسى بين الدائن المدفوع له بينه وبين مدينه : د ، ٩٠ ، ١ ، ٢٦٠ . ـ س ، ٩٠١ ، ١ ، ٢٣٧ . ـ بلانيول ص ١٠٧ ن ٣٠٦ فى آخرها . (٤) بلانيول ص ١٠٧ ص ١٠٧ ن ٣٠٧ . وهو ما يسمى اسناد افتتاح التفليسه الى تاريخ سابق report d'ouverture de la faillite: المواد ٢٢٧ و ٢٢٨ و ٢٣٥ و ٢٣٦ تجارى و ٤٤٦ و ٤٤٧ فرنسى . ـ استئناف ١٧ ابريل سنة ٩١٢ ، ٢٤ ، ٢٨٧ .
(٥) أو مساعدة فقط subsidiaire راجع نبذة ٣٥٠ وتعريف هذا الوصف انه مايجىء ليعضد شيئا أصليا qui vient à l'aide de quelque chose de principal

ولم يكن لديه من المال ما يفي بدين الدائن الطاعن . وعلى ذلك يجب على الدائن الطاعن ان يجرد أولا أموال مدينه أي يبحث أولا عما اذا كان لدى مدينه مال يمكن أن يتقاضى منه دينه بطريق الحجز أو نزع الملكية ، أم لا . فاذا لم يفعل ذلك جاز للمدين ان يدفع دعوى الابطال الموجهة قبله بطلب الجرد أولا [1] . ولقد دل العمل على ان الدائن لا يلجأ لدعوى الابطال الا اذا أعسر مدينه بشكل ظاهر [2]

٤) ليس للدائن حق الطعن فى الاعمال الشخصية الخاصة بمحض شخص المدين. وهذا يشبه ما رأيناه بشأن الدعوى المباشرة فيما يتعلق بالهبة

§ ٢ — الشرط الثانى : التدليس أو الشرط المعنوى

٣٣٩ — التدليس [3] هو نية [4] المدين فى الاضرار [5] أو علمه بان تصرفه سيلحق ضرراً بدائنيه حتى لو لم يقصد الاضرار بهم بالذات ويجب ألاّ تختلط كلمة التدليس هنا بكلمة الغش [6] أي يجب ألا يفهم منها اشتراط النية المعقودة من قبل على الاضرار [7] ولكن التدليس فى دعوى الابطال هو حالة عرضية للفكر [8] اذ يكفي لوجوده كما قدمنا فى تعريفه مجرد علم المدين [9] بالضرر الذى سيحدثه بدائنيه : يكفي فى ذلك ان يعلم عندما يعمل العمل بانه سيصبح بعد عمله معسراً أو ان اعساره سيتفاقم ، أى أن عمله سيضر بدائنيه . وذلك وحده يكفي لاعتباره انه مدلس على دائنيه [10] حتى لو كانت نيته وقت العمل غير منصرفة بالمرة الى تعمد الاضرار بدائنيه . وهذا ما سار عليه القضاء المصرى والفرنسى الحاضر أخذاً بما قرره الرومان أنفسهم [11]

٣٤٠ — **التدليس والتبرعات** : كان اللازم على ما تقدم أن يكون شرط

---

(١) bénéfice de discussion (٢) استئناف م ٢٠ فبراير سنة ٩٠ م ت ق ، ٢ ، ٣٩٢ ، — ٢٩ مايو سنة ٩١٧ ، ٢٩ ، ٤٥٤ . — ٣ يونيو سنة ٩٢٢ ، ٣٤ ، ٤٥٧ . — ١٤ ديسمبر سنة ٩٢٢ ، ٣٥ ، ٩٦ . — ٦ نوفبر سنة ٢٣ ، ٣٦ ، ٨ (٣) fraude

(٤) intention (٥) consilium fraudis (٦) dol (٧) dessein prémédité de nuire

(٨) état d'esprit (٩) connaissance (١٠) agissant en fraude des droits des créanciers

(١١) د ، ٩٤ ، ١ ، ٢٦٣ . — س ، ٩٦ ، ١ ، ١٣٤ . — ١٥ مارس سنة ٩١٥ ، ٢٧ ، ٢٢٧

التدليس أى شرط العلم بما سيحدق بالدائن من خطر الاعسار ، شرطاً عاماً يتمشى على جميع التصرفات التى تصدر من المدين سواء كانت تصرفات بعوض [١] أو تبرعات [٢] ، وانه ليس ثمت مسوغ قانونى يجعل هناك ميزانين ، ميزان لكل طائفة من الاعمال . وهكذا قرر الرومان والشارحون السابقون على وضع قانون نابليون سنة ١٨٠٤

ولكن فريقاً من الشارحين قرر التفريق بين الطائفتين المتقدمتين من التصرفات واشترط التدليس للأولى منهما فقط . وقال بعدم صحة التبرعات على كل حال سواء كانت مشوبة بنية الاضرار أو العلم بما سيحل بالدائن من الضرر ، أم لم تكن مشوبة بذلك . وحجتهم فى هذا ما استفادوه من المواد ٦٢٢ و٧٨٨ و١٠٥٣ مدنى فرنسى فقد قررت المادة ٦٢٢ أنه « يجوز لدائني المنتفع طلب الغاء التنازل [٣] الصادر منه اضراراً بهم [٤] » وهذه المادة لم تنقلها القوانين المصرية بل أشارت المادة ٢٧ / ٤٦ مدنى الى أنه من أسباب انقضاء حق الانتفاع التنازل عنه [٥] (ولم يرد التنازل من أسباب الانقضاء بالمادة ٦١٧ وما بعدها فرنسى) وأما المادتان الأخريان فهما متعلقتان بالمواريث وتنصان على من يرفض قبول التركة اضراراً بدائنيه أو من يتنازل مقدماً عن استغلال حقوق مقررة له بالوصية .

قرر هذا الفريق من الشارحين استناداً الى المواد المذكورة ان التنازل هذا باطل مادام انه ضار بحقوق الدائنين اى يكفى الضرر دون التدليس : ويرى المعارضون لهذا الرأى (ومنهم كولين وكابتان) [٦] انه لا يستقيم مع ما قرره القانون الرومانى وما تقرر قبل وضع القانون الفرنسى . ويقول المعارضون ان الشارع الفرنسى فى قوله بالمواد الثلاث « اضراراً بحقوق دائنيه » [٧] لم يحسن ترجمة العبارة الرومانية المقابلة لها [٨] وهى التى تفيد فى الحقيقة « بقصد الاضرار بدائنيه » [٩] ويندمج فيها حتما التدليس [١٠] أى ان المواد الثلاث تشترط هى الأخرى التدليس . ثم قال المعارضون

(١) à titre onéreux (٢) à titre gratuit (٣) renonciation (٤) qu'il aurait
(٥) renonciation faite à leur préjudice (٦) ج ٢ ص ٥٦ (٧) au préjudice
de leurs droits (٨) in præjudicium (٩) en vue de préjudice (١٠) fraude

اخيراً ان المواد الثلاث وضعت قبل وضع المادة ١١٦٧ بدليل ترتيبها أى قبل وضع شروط دعوي الابطال . وانه يدل على ذلك ان المادة ١٤٦٤ مدنى فرنسى وهى الموضوعة بعد المادة ١١٦٧ اشترطت فى رفع دعوى الابطال شرط التدليس [1] عند المتنازل أى المسقط لحقه فى شركة الزواج

٣٤١ — والذى نراه ان عدم اشتراط التدليس فى التبرعات الضارة بالدائنين هو الرأى الاصح وذلك

١) لان المدين فى تبرعه يعلم حتما بانه سيضر بدائنيه لانه معسر حالا أو سيعسر مستقبلا . ولا يتصور انه لا يعلم . وحتى اذا استحال عليه العلم لاى سبب من الاسباب فلا يجوز ان تقع نتائج هذه الاستحالة بنتائجها على رأس الدائن .

٢) لان فى التبرع باعتباره عملا بلا مقابل نقضاً حتمياً لمال المدين ولو انه فى ذاته مباح قانوناً ولكنه أبغض الاباحة فى نظر الشارع .

٣) من هو الاجدر بحماية القانون ؟ أدائن ادلى بمبلغه فى مال المدين فأثرى هذا الاخير منه ام موهوب اليه انتزع من المدين مبلغاً فافتقر المدين به ؟ ان فى حماية الدائن رداً للحق له . وأما حماية الموهوب له فالغرض منها اعطاؤه منحة . واذا تزاحم الحق مع المنحة وجب تفضيل الحق عليها لان الحق بمقابل والمنحة بدون مقابل

٤) ان الشارع المصرى نفسه بالمادة ١٤٣ / ٢٠٤ مدنى فرنسى [2] بين الاعمال التهريبية من حيث هى ، وبين انواع الاسقاط والهبات . ومن وضع المادة مع تلك الصورة يفهم حتما ان الشارع اخرج الاسقاط والهبة من طائفة الاعمال التهريبية ، اى انه لم يشترط فيهما ان يكون الغرض منهما التهريب لاجل ابطالها ولا سوء نية الموهوب اليه [3] . ومما يؤيد ذلك ان الشارع المختلط انفرد دون الاهلى وقرر بالمادة

---

(١) fraude (٢) انظر النسخة الفرنسية لأنها ابين فى اظهار المعنى واجلى فى وضع التفرقة بين الاعمال التدليسية actes faits en fraude وأنواع الاسقاط renonciation والهبات
(٣) ٢ فبراير سنة ٩٦ ، م ت ف ، ٨ ، ١١٦

٧٤ مدنى مختلط (التى لا مثيل لها بالاهلى ولكن يجب الاخذ بها مع ذلك) انه لا يجوز للانسان ان يهب اضراراً بدائنيه الحاليين . ومعني ذلك ان الهبة لا تصح اذا ترتب عليها ضرر بالدائنين . ويكفى ثبوت الضرر فقط دون نية التهريب . وربما لم ينقل الشارع الاهلى هذه المادة باعتبارها مؤيدة بالمادة ١٤٣ اهلى المقابلة للمادة ٢٠٤ مختلط وايدنا فى هذا الرأى القضاء المختلط .[1]

وكذلك الحال فى الوقف أيضاً (المادة ٥٣ / ٧٦ مدنى فان مثلها كالهبة تماماً لورود المادة ٥٣ المذكورة فى باب الهبة ولان العبارة المصوغة فيها هذه الماده تحكى تماماً نفس العبارة المصوغة بها المواد السابقة الخاصة بالهبة . وعلى ذلك يبطل الوقف اذا حصل اضراراً بالغير مهما كانت حالة الموقوف عليهم سواء كانوا يعلمون بان الوقف ضار بدائني الواقف ام لا يعلمون [2]

§ ٣ — الشرط الثالث : تواطؤ المدين مع من تعامل معه

٣٤٢ — يكفى الشرطان الاولان، شرط الضرر وشرط التدليس ـ سواء كان من الواجب اثبات التدليس على رأى بعض العلماء او كان مفترضاً حتما الرأى على الاصح في ابطال عقود التبرعات. أما العقود ذات العوض فلا بد فيها من شرط ثالث وهو شرط تواطؤ من تعامل مع المدين كالمشتري من المدين مثلا ونريد بالتواطؤ الاشتراك[3] فى العلم [4] أى علم المشترى بسوء حال المدين وما ينجم عن تعاقده معه من الاضرار المحدقة بدائنيه فيما بعد [5] ولو ان القانون الفرنسي والمصرى أهلياً ومختلطاً لم ينصا

---

(١) استئناف ٢١ ابريل سنة ٩٢ م ت ق ، ٤ ، ٢٢٧ (٢). استئناف ٥ يناير سنة ٩٩ م ر ا ، ١٠ ، ص ١٩١ استئناف ٢٥ مارس سنة ٩١٦ م ر ١ ، ١٧ ص ١٩٠ واذا اشترط الواقف لنفسه الشروط العشرة الشرعية ثم ادخل أحد دائنيه مستحقاً فى الوقف وناظراً عليه وتنازل له عن حق استعمال تلك الشروط ثم عاد وأخرجه من الاستحقاق والنظر وأعطاها لغيره فلا يجوز للدائن المذكور الطعن فى ذلك بدعوى الابطال لان تنازل الواقف له تنازلا قطعياً عن حقه فى استعمال الشروط العشرة باطل بحسب أحكام الشريعة الاسلامية (٣) Connaissance (٤) complicité (٥) د ، ٩١٤ ، ٤٠١ استئناف م ٣٤ ديسمبر ٩ ، ١٠١ ، ـ ١٥ ابريل سنة ٩ ، ٠٠ ، ٢١ ، ٣٠٥ وليس من الضروري ان يكون هناك اتفاق

عليه الا انه مع ذلك شرط قالت به النصوص الرومانيه وقرره الشارحون السابقون على قانون سنة ١٨٠٤ الفرنسى ولم يرد بهذا القانون الأخير ولا بالقانون المصرى ماينقض هذا الشرط . ويرجع هذا الشرط الى العدالة [١] عند ما تتعارض مصلحة الدائن مع مصلحة المشترى من المدين . واذا كان من الحق والعدل كما قررنا ان الموهوب اليه يجب ان يُضحى فى سبيل خلاص الدائن لانه يريد استبقاء ما أخذ بلا مقابل [٢] فمن الحق والعدل أيضاً أن لا يضحى المشترى بحسن نية من المدين لانه كالدائن يسعى فى دفع الضرر عن نفسه باستبقاء ما أخذه بمقابل أيضاً [٣].

اذ ما ذنب ذلك الذى اشترى فأخذ عيناً ودفع لها ثمناً ؟ ما ذنبه فيما اذا أبطل عقده فاستردت منه العين ولم يرد له الثمن ؟ الا يصبح هو الآخر دائناً يزاحم السابقين عليه الذين طعنوا فى عقده ؟ أليس الافضل مقارنة هذا المشترى بالدائن من حيث من هو الاجدر منهما بالحماية أهو الدائن العادى ولم يكن له ضمان خاص والاصل فيه تحمل جميع تصرفات المدين حتى الضار منها (على شرط عدم التدليس طبعاً) ؟ أم المشترى الذى اشترى بحسن نية فأخذ عيناً ثم دفع ثمناً ولا يعلم بما يحيط بالبائع من عسر كما كان يجب أن يعلم به دائن البائع ؟ القاعدة أن المفرط أولى بالخسارة . وقد فرط الدائن فى عدم أخذ ضمان خاص لدينه وعليه تبعة عمله اذ كان قد انساق الى الوثوق بمدينه ثم خدع فى الثقة به . وليس من العدل أن يتحمل الخدعة من كان أجنبياً منها ثم لا يتحملها صاحبها

على الاضرار بالدائنين concert frauduleux بل يكفى ان يكون قدعلم بما يترتب على التصرف consilium fraudcs . — ٢٥ فبراير سنة ٩١٥ ٢٧ ، ١٨٢ ، ويجب على الدائن الطاعن بالابطال أن يقيم الدليل على أن المشترى من المدين ماكان ليجهل الاحوال المالية لهذا الاخير ٢٨ مارس سنة ٩١٢، ٢٤ ، ٢٤٤ ، ٢٧، ١٨٢ . — واذا كانت الزوجة اشترت من زوجها المدين فانه من الواجب عليها قبل الشراء أن تتأكد من أن شراءها لا يضر أحداً ، فاذا لم تقم بهذا الواجب اعتبرت شريكة لزوجها : ١١ مارس سنة ٩٧ ، ٩ ، ٣٠٩ . وفوق ذلك فانه يجب عليها أيضاً أن تبين مصدر المال الذى دفعته ثمناً للصفقة فاذا لم تفعل اعتبر العقد الصادر اليها هبة ، (الحكم السابق) . ولكن مع ذلك قرر القضاء من طريق آخر أن الزوجية لا تكفى وحدها قرينة لقبول دعوى الابطال أو دعوى الصورية بل لا بد من الادلاء بقرائن أخرى تأكيداً لقرينة الزوجية : ٢٩ مايو سنة ٩١٧ ، ٢٩ ، ٤٥٧ . — استئناف ٢٥ نوفمبر سنة ٩١٢ م ر ١ ، ١٤ ص ٨

(١) équité (٢) certat de lucro captando (٣) certat de damno vitando

واذا كان من السهل التفرقة بين العقد بعوض والتبرع فى أغلب الاحيان فانه قد تعرض حالات تصعب فيها هذه التفرقة لما يحف العقود فيها من الغموض والابهام مثل انشاء « الدوط ».[١] عندالمسيحين فى فرنسا مثلا وفى مصر . ولقد اعتبر القضاء الفرنسى هذا العمل انه هبة بعوض [٢] أى مقابل ما يقوم به الزوج من اعباء الزوجية أى لابد فيه من اثبات تدليس الابنة ومن إثبات علم زوجها بالتدليس باعتباره منتفعاً من المنتفع [٣] من طريق العوض أيضاً . واذا تقرر المهر للزوج وجب اثبات التدليس من جانب الثلاثة: منشىء « الدوط » والزوج وزوجته . وقد حكمت المحاكم المختلطة دائماً أن انشاء الدوط ليس تبرعاً فى اغلب قوانين العالم ولذلك لم توجب عمله بعقد رسمى كالهبة

هـ — الاعمال التى تقبل الطعن

بدعوى الابطال

٣٤٣ — هذه الاعمال هى ما تنتهى الى نقص فى مال المدين أى الاعمال السالبة [٤] (أى الاعمال المفقرة) . والاصل أن جميع هذه الاعمال تقبل الطعن فيها بواسطة دعوى الابطال الا ما ندر منها وبيان ذلك :

١) من الاعمال السالبة للمال ما هو ارادى [٥] كالتصرف فى المال بالبيع وخلافه والهبة والاسقاط والابراء والوقف (المادة ٥٣ / ٧٦ مدنى) وهكذا : هذه الاعمال قابلة للطعن بدعوى الابطال . ولكن لا يقبل الابطال فى تصرف المدين فى ملكه الذي لايجوز لدائنيه الحجز عليه كالعقارات المقررة بقانون خمسة الافدنة

ومنها ما هو قضائى [٦] وهى الاعمال التى يجريها المدين مع آخر أمام القضاء

---

sous-acquéreur (٣) donation onéreuse (٢) constitution de dot (١)
راجع فى تفصيل هذا الموضوع فى مصر وفى بحث القوانين الاجنبية فيه كتاب القانون الدولى الخاص للدكتور ابو هيف بك بند ٣٨٠ حيث جاء فيه ان تكييف طبيعة انشاء الدوطه يرجع الى القانون الشخصى للخصوم وانه فى القانون الفرنسى يعتبر من التصرفات المعقودة بعوض بالنسبة للزوج وفى القانون الالمانى يعتبر انشاء الدوط دائما تنفيذاً الالتزام واجب على الابوين وفى القانون اليونانى يعتبر كذلك التزاما مدنيا تحكم به المحاكم اذا لم يقم به الوالد وراجع الاحكام المتعددة التى استند اليها فى كل ذلك
actes volontaires (٥) actes d'appauvrissement (٤)
actes judiciaires (٦)

فيصوران دعوى يعترف فيها المدين بالدين الموهومة المرفوعة به الدعوى من هذا الآخر بناء على هذا التواطؤ التدليسي [1] يصدر الحكم بالزام المدين بالدين فيأتى الدائن الصوري ويزاحم الدائن الحقيقي فى اقتسام ثمن مال المدين . ففى هذه الحالة يجوز للدائن الحقيقى أن يرفع دعوى الابطال أى ابطال الحكم بالنسبة له وعدم سريانه عليه [2] وبذلك تزول عنه مزاحمة الدائن الصورى . أى يبطل ما للحكم من الاثر على غير طرفيه . أما أثره بين طرفيه فصحيح أى يجوز لهذا الدائن الصورى أن ينفذ الحكم على ما تبقى من مال المدين بعد استيفاء حق الدائن الحقيقى

وفوق ما تقدم فانه يجوز للدائن الحقيقى عند علمه بوجود الدعوى الصورية مطروحة أمام القضاء أن يدخل خصما ثالثا فيها ويقيم الدليل على تواطؤ بين الاثنين فيصدر الحكم فى مواجهة الكل ويصبح حجة عليهم جميعاً وبذلك يعفى الدائن من مصاريف دعوى جديدة ويعمل فى الوقت المناسب قبل أن يستفحل أمر التدليس وما ينتج عنه من تنفيذ فى الخفاء قد يضر به ضرراً لاسبيل الى تصحيحه . والتدخل فى الدعاوى مباح مهما كان نوعها (المادة ٢٩٥ / ٣٣٨ مرافعات و ٣٣٩ فرنسى) . واذا كان قد ورد بالقانون ما يبيح التدخل فى بعض المسائل فان هذه المواد وردت على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر [3]

٣٤٤ — ٢) لا تتصل دعوى الابطال الا بالاعمال السلبية فيخرج من ذلك أنه لا يصح أن تتمشى على الاعمال التى لم يرد بها اكتساب شيء أو التى أهمل بها اكتساب شيء وهى الاعمال المكسبة أو المغنيه [4]: والفرق بين الاعمال السالبة والاعمال المكسبة أن بالاولى يقل المال لنقص نزل به وبالثانية يزيد المال لزيادة جاءته ولقد كان لهذه التفرقة عند الرومان شأن يذكر فيما يتعلق بدعوى الابطال حيث كان من المقرر للوارث المدعو للميراث جواز أن يأبى القبول . أما وقد تنتقل الملكية

---

(١) collusion frauduleuse (٢) وفى القانون المخالط والقانون الفرنسى يجوز رفع الدعوى المسماة بالمعارضة فى الحكم ممن يتعدى اليه بالمفاوضة tierce opposition راجع فى شرحها كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ١٢٨٧ وما بعده (٣) المادة ٤٦٠/٥٥٧ مدنى و ٨٨٢ و ٨٦٢ فرنسى بالنسبة لدائنى المالك على الشيوع عند حصول القسمة مع بقية زملائه . س ٢٢٥.١.٩٠٢ ومقال « فاهل Wahl » وراجع فى موضوع تدخل الدائنين كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ١٠٢٩ و ١٠٣١ وما بعده (٤) actes d'enrichissement

الآن الى الوارث بمجرد الوفاة وبقوة القانون فلا محل لهذه التفرقة . (المادة ٤٤/٦٨ مدنى و ٧١١ فرنسى و ٧٢٤ و ١٠١١ فقرة أولى فرنسى) وتنتقل الملكية الى الوارث فى الشريعة الاسلامية بمجرد تحقق شروط ثلاثة موت المورث وحياة الوارث والعلم بجهة الارث (المادة ٥٨٢ من الاحوال الشخصية)ولذلك اذا أبى الوارث عندنا استلام التركة وتنازل عنها بالتخارج أو غيره اضراراً بدائنيه فلهؤلاء الحق فى ابطال التنازل هذا والحلول محله فى أخذ التركة بواسطة دعوى الابطال وهذه القاعدة المقررة بالمادة ٧٨٨ مدنى فرنسى قاعدة عامة يجب الاخذ بها فى القانون المصرى أيضاً ما دام أن الملكية فى القانونين المصرى والفرنسى تنتقل بمجرد تحقق الشروط الثلاثة المبينة بالمادة ٥٨٢ من قانون قدرى باشا فى الاحوال الشخصية . والتنازل عن التركة هو فى الوقت الحاضر عمل سالب لا عمل مكسب لأن الملكية كما قلنا قد تم انتقالها الى الوارث بالوفاة . وأما العمل المكسب فهو كقبول الهبة من الواهب لأن ملكية الهبة قبل القبول لا تنتقل الى الموهوب له ولذلك لا يصح للدائن ، عند اباء المدين الرضاء ، رفع دعوى الابطال لأن الاباء أولا عمل شخصى محض خاص بالمدين وثانيا لأنه ليس من الاعمال السالبة بل هو من الاعمال المكسبة . وقد بينا ذلك تفصيلا فى الدعوى المباشرة

٣٤٥ — وما القول بشأن التقادم [١] أي التملك أو التحرر بمضى المدة المكسبة أو المسقطة ؛ فهل تنتقل الملكية أو تزول الملكية أو يزول الدين بمجرد مضى المدة أي بفعل الزمن بالذات أم مع مضى الزمن هذا يجب مع ذلك ضرورة اجراء عمل من الاعمال تظهر به نية المكتسب أو المحرَّر بانتفاعه بالحق الذي تقرر له بفعل الزمن ؟ يقضى القانون فى المادة ٨٠ / ١٠٨ مدنى و ٢٢٢٠ و ٢٢٢١ فرنسى بانه يجوز للشخص ذي الاهلية فى التصرف أن يتنازل تنازلا صريحا أو ضمنيا عن حق التقادم بعد تمامه . ولكنه ممنوع من التنازل عنه قبل تمامه. وقررت المادة ٢٢٢٣ مدنى فرنسى — والتى يجب الأخذ بها فى القانون المصرى لأنها قاعدة عامة — انه « لايجوز للقضاة ان يدفعوا من تلقاء أنفسهم بالدفع الخاص بالتقادم » . أى لا بد وان يُظهر

(١) prescription

صاحب التقادم رغبته فى اصراره على الانتفاع بالحق الذى تقرر له بمقتضى التقادم اذا شاء ذلك . أما اذا لم يشأ ذلك التنازل عنه بعد تمامه لا قبله . وعلى ذلك يعتبر التقادم وسيلة او أداة لاكتساب الملكية [(١)] لا صورة من صور اكتسابها [(٢)] واذا كان الافصاح عن الارادة [(٣)] أمراً ضرورياً لاجل التملك أو التحرر بالتقادم وجب على ذلك ، القول بان التقادم ليس فى عداد الاعمال السالبة بل هو فى عداد الاعمال المكسبة ، وعليه فلا يجوز للدائن الطعن فى عمل مدينه الذي أبى الانتفاع بالتقادم المكسب أو المسقط . ولكن لما كان للتقادم شأن خاص فى اكتساب الحقوق أو التحرر منها بحيث يكون له أثر رجعى على ما تقدمه ـ أي ان صاحبه يعتبر مالكا أو محرراً لا من تاريخ تمام التقادم بل من تاريخ البدء فيه ويعتبر حقوق المالك الاصلى قد زالت عن الشيء ، وعلى العكس تعتبر حقوق صاحب التقادم قد تأيدت عليه وهى الحقوق التى قررها عليه اثناء التقادم ـ فقد رأى الشارع ، نظراً لهذه الخصائص الملازمة للتقادم وقربه للاعمال السالبة اكثر منه للاعمال المكسبة ، ان يقرر الحق للدائن فى الطعن فى تنازل مدينه عن التمسك بحقه فى زوال دين عنه بحكم التقادم المسقط (المادة ٢٠٦ / ٢٧٠ مدنى) والامر ظاهر فى ذلك لانه كلما قل عدد الدائنين المتزاحمين كلما كان الامل للدائن عظيما فى أن ينال حقه كاملا أو منقوصاً بعض الشيء

وأما القانون الفرنسى فانه قرر القاعدة بالمادة ٢٢٢٥ بطريقة عامة يستفاد منها ان طعن الدائن على تنازل المدين عن حق اكتسبه بالتقادم عام يتناول التقادم المسقط والمكسب أيضاً . أولا: لأنها وردت بطريقة عامة . وثانياً لأنها وردت بالفصل المعقود للقواعد العامة لنظرية التقادم

أما المادة ٢٠٦ / ٢٧٠ المصرية فانها أولا اختصت بالطعن بطريق دعوى الابطال التقادم المسقط دون التقادم المكسب وثانياً فانها وردت بالفصل السابع الخاص بمضى المدة آخر الفصول السبعة التى عددتها المادة ١٥٨ / ٢٢١ مدنى فى انقضاء الحقوق . ولكن رغم ذلك لا نستطيع القول بان الدائن محروم من الطعن فى عمل

(١) moyen d'acquérir (٢) mode d'acquérir كولين وكابتان ج ١ ص ٩٠٠ / ٩٠١ الطبعة الثانية سنة ١٩١٩ (٣) manifestation de volonté

المدين الذى تنازل عن حق التقادم المكسب بعد تمام المدة ومضيها ، وذلك لسببين :
أولا — لانه ليس من العقل ولا من الحكمة ان يحمى الشارع الدائن فى حالة سقوط الحق عن دينه فيقل التزاحم مع الدائن فيزداد لديه الأمل فى تقاضى دينه بتمامه أو منقوصاً بعض النقص ، ثم هو لا يحميه بالمرة فى حالة التقادم المكسب عند ما يكون قد اكتسب مدينه عقاراً ثميناً أو منقولا ذا قيمة ، وبهذا الكسب يصبح الدائن كبير الامل فى ان يتقاضى دينه من هذا المال الجديد . فوجهة النظر واحدة عند الشارع اذ لاسبيل مطلقاً للحصول على مسوغ يجعله يحمى الدائن فى حالة دون الاخرى مع أن مشروعية الطعن واحدة وهى حمايته . ولذا نجزم بان النقص الذى شاب المادة ٢٠٦ / ٢٧٠ المصرية نقص تشريعى جاء من طريق السهو ، وعلى أهل الفقه تصحيحه بالتعليل القانونى أو المسوغ القانونى — ثانياً فانه مع عدم النص على التقادم المكسب ما كانت هناك حاجة ماسة الى النص على حالة التقادم المسقط . وهنا نختلف مع الشارحين الكبيرين « كولين وكابتان » [1] اذ يقرران ان التقادم من الاعمال المكسبة . لذا وجب النص على جواز الطعن فيها . وأما اذا لم ينص فلا يصح . ونحن نقول العكس كما قررنا . اذ قلنا ، وان كان التقادم فى ذاته من الاعمال المكسبة وليس من الاعمال السالبة الا أنه أقرب للثانية من الاولى نظراً لخصائصه الملازمة له فى أن له أثراً رجعياً على ما تقدمه من أعمال صدرت بالفعل من المدين على العقار المكتسب بالتقادم من رهن تأمينى يوقعه عليه أو من رهن حيازى يقرره عليه لمصلحة الغير . واذا كان التقادم المكسب يتردد بين العمل السالب والعمل المكسب وهو للأول أقرب منه للثانى ، وجب أن ينتفع بمزايا الاول وأن يأخذ عنه ما هو ألصق به لصلة النسب ورابطة الشبه . ويظهر أن النية منصرفة الى التوسع بالأخذ بالاعمال السالبة وان الفقه لا يميل الى التضييق من مجال هذه الاعمال السالبة . وتظهر علامات هذا الميل على ما قرره نفس « كولين وكابتان » عند ما أشار الى نقد الرأى القائل بعدم جواز الطعن فى أعمال المدين التى يرمى بها الى رواج أعماله ثم هى ترمى الى عكس ذلك [2]

هذا فيما يتعلق بشأن الأعمال التى تقبل الطعن فيها بدعوى الابطال . وأما

(١) ج ٢ ص ٥٦ (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٥٧ نبذة E فى آخرها

ما ورد بالفقرة الثانية من المادة ١١٦٧ مدنى فرنسى فانه خاص بالمواريث عندهم ولا شأن لنا به .

٣) واذا كان الحق المقرر للمدين هو حق الاختيار بين أمرين وكان الاختيار مقرراً بالقانون ذاته [1] فلا سبيل الى الطعن على الاختيار هذا بدعوى الابطال مهما أقام الدائن من الأدلة على الضرر الذى يلحقه من اختيار شيء دون آخر [2] . ولكن هل يصح هذا الرأى اذا ظهر سوء نية المدين فى هذا الاختيار ؟ يصح .

٣٤٦ — ٤) واذا عقد المدين عقوداً وكان يرمى بها الى رواج أعماله وهى على العكس من ذلك ربما تهوي به الى إعسار فوق إعساره كأن يستأجر مسرحاً من المسارح ويستأجر الممثلين ويفضى اليهم بما لديه من المال أجراً لهم وأملا فى غزارة الكسب فيما بعد ثم هو لا يستطيع أن يحقق هذه الآمال فهل يجوز للدائن الطعن فى استئجار المسرح ودفع أجور الممثلين بدعوى الابطال ، أم تفلت هذه الأعمال من دعوى الابطال ، وهى الأعمال المقصود منها رواج الحال والأمل فى الكسب مهما خيف فى المبدأ من فشلها فى المستقبل ؟ القول المفتى به فى هذه الحالة أنه لا يجوز الطعن فى هذا العمل [3] . ويظهر أن هذا الرأى هو أثر من آثار التقيد فى الأخذ بالأعمال السالبة أخذاً يقلل من مجالها ويوصد أبواب السعة أمامها كما لاحظ ذلك بحق « كولين وكابتان » وكما أشرنا اليه فى مكانه . ومع ذلك أليس بظاهر أن تبديد المال ذات اليمين وذات الشمال فى مشروعات محفوفة بالفشل لا يقل خطراً عن التصرف فى عقار أو منقول ؟

٦ — الدائنون الذين يجوز لهم العمل بدعوى الابطال

٣٤٧ — رأينا أن دعوى الابطال عند الرومان كان الغرض منها تصفية أموال المدين أي أنها عامة لجميع الدائنين فيستفيد منها من التجأ اليها ومن لم يلتجىء

---

(١) option légale (٢) د ، ١٠٩٠١ ، ٥١٧ . — س ، ٩٠٣ ، ١ ، ٤٥٩

(٣) بلانيول ص ١٠٧ ن ٣٠٨ الا اذا كان العمل مشوباً بالصورية فهو باطل طبعاً بالنسبة للدائن واذا اتفق المدين مع الورثة على اختصاص جهة معينة للاحوال الشخصية فلا يجوز للدائن الطعن فى ذلك: ١٥ فبراير سنة ٩١٢ ، ٢٤ ، ١٤١ ، . — ويجوز للدائن الطعن فى عقد القسمة الحاصل بين مدينه وشركاء هذا الاخير اذا تبين أن نصيب مدينه بسيط جداً : ٢٣ اكتوبر سنة ٩١٧ ، ٣٠ ، ٥ . — أو تبين ان القسمة حصلت بالتواطؤ : ٦ ابريل سنة ٩٢ ، ٢٥٦٣٢

وسواء كان دين الدائن سابقاً على العمل المطعون فيه بدعوى الابطال أم لاحقاً عليه أى سواء كان تاريخ دين الدائن متقدماً عن تاريخ العمل المطعون فيه أم متأخراً عنه .

أما دعوى الابطال فى الوقت الحاضر فلم تخرج عن كونها وقفاً على من التجأ اليها دون غيره أى هى خاصة به دون الآخرين ووجب حينئذ على من يرفعها أن يكون دينه متقدماً على العمل المراد الطعن فيه لانه انما يشكو ضرراً حل به بعد تقرير حقه وليس له التظلم من عمل قد تم قبل اتمام عمله هو [١] . ولكن اذا صحت ضرورة اشتراط تقدم تاريخ دينه على تاريخ العمل المطعون فيه فانه قد يحصل أن يقبل منه الطعن مع ذلك حتى اذا كان تاريخ دينه على المدين متأخراً على تاريخ العمل المطعون فيه أى حتى اذا كان العقد المطعون فيه قد سبق حصوله وتم وقوعه قبل تقرير حقه هو : يقبل منه ذلك اذا أثبت أن المدين قد أجرى العمل المطعون فيه فى الحال حتى يقطع خط الرجعة على الدائن الذي سيتعامل معه فيما بعد وحتى يحرم هذا الدائن من الضمانات التى يستند اليها فى تقاضى دينه منها [٢] وعلى ذلك يكون أساس الدعوى ، وهو الضرر المصحوب بالتدليس ، واقعاً حتماً اضراراً بالدائن المتأخر .

٣٤٨ – التنازع فى أقدمية التاريخ بين عقد الطاعن والعقد المطعون فيه :

يجب على الطاعن أن يقيم الدليل أن تاريخ عقده متقدم عن تاريخ العقد المطعون فيه . وكيف يثبت هذه الأقدمية ؟ هل يثبتها بمجرد اظهار تاريخ عقده أو بشهادة الشهود أم باثبات تاريخه حتماً باحدى الطرق المبينة بالمادة ٢٢٩ / ٢٩٤ مدنى و ١٣٢٨ فرنسى ؟ القول المعول عليه هو إثبات التاريخ لان المدعى ملزم بحكم القانون باثبات ما يدعيه (المادة ٢١٤ / ٢٧٨ مدنى و ١٣١٥ فرنسى) أي يجب عليه إقامة الدليل على أسبقية عقده على العقد المطعون فيه سواء كانت هذه الاسبقية ثابتة باحدى الطرق القانونية المقررة بالمادة ٢٢٩ مدنى أو باحدى طريقة أخرى [٣] ولا

---

(١) د . ٩٠٥ ، ١ ، ٤٠٨ . – س ، ٩٠٦ ، ١ ، ٥١٢ : ٣ يناير سنة ٩٤ ، ٦ ، ١١٣ . – ٢٥ مايو سنة ٩١٦ ، ٢٨ ، ٣٧٠ (٢) انظر الاحكام المبينة فى الرقم الاخير للحاشية الاخيرة

(٣) استئناف ٤ فبراير سنة ٩٠٢ م ر ١ ، ٣ ص ٢٤٨ عدد ٩٤ وذكر الحكم ضمن أسبابه سبباً وجيها وهو : « وحيث ان دعوى البطلان المرفوعة من المستأنف وان كانت لا تستلزم حتما استناد الطالب فى طلبه على سند ثابت التاريخ الا أنه يلزم ان يكون قدم السند على السند المراد ابطاله محققا تمام التحقيق . والا سهل على كل واهب ان يرجع من هبته بتصويره لعقد دين صورى يؤرخه كما يشاء »

يجوز افتراض هذه الأقدمية وتكليف المدعى عليه باثبات عكسها أي إثبات أن تاريخ عقد المدعي غير صحيح [١] لانه اذا قيل ذلك ترتب عليه أن المدين يلعب فى معاملاته مع الأفراد دوراً ضاراً بمن شاء الاضرار به اذ يتواطأ مع دائن له ويجعل تاريخ عقده متقدماً على تاريخ عقد الآخر. على أن القضاء الفرنسي متردد فى هذا الرأي [٢]

وكذلك فيما يتعلق بالعقد الخاص بالعمل السالب أي بالعقد المطعون فيه فانه يجب أيضاً أن يكون حجة على الدائن الطاعن. ولا يكون كذلك الا اذا كان سابقاً فى فى تاريخه عن عقد الطاعن ولا تثبت أقدميته الا بأحدى طرق اثبات التاريخ المبينة بالمادة ٢٢٩/٢٩٤ مدنى

٣٤٩ ــ واذا فرض أن العقد الخاص بالعمل السالب من العقود الخاضعة للتسجيل فهل يلزم على ذلك ضرورة تسجيله قبل تقرير حق الدائن الطاعن ؟ قال القضاء الفرنسى بالايجاب [٣] وذلك أن دائناً تعاقد مع مدينه فى الفترة الواقعة بين تحرير عقد ايجار تدليسى بمعرفة مدينه وبين تسجيله (لانه كان عن مدة ١٨ سنة قارن المادة ٦١٣/٧٤٠ مدنى) أى تعاقد بعد تحرير عقد الايجار وقبل تسجيله فحكم القضاء الفرنسى بأفضلية عقده لأنه أسبق عل عقد الايجار غير المسجل. والذي نراه أن هذا الرأي غير وجيه لان الدائنين العاديين لا يعتبرون فى عداد الغير [٤] فيما يتعلق بالتسجيل. بل الغير بالنسبة للتسجيل هم حملة الحقوق العينية العقارية. وعلى ذلك يكفى فى العقد الخاضع للتسجيل أن يكون ثابت التاريخ حتى يحتج به على الدائن العادى. ولكن اذا احتج به ضد الغير صاحب الحق العينى العقاري وجب أن يكون مسجلا لا ثابت التاريخ. بل التسجيل أصبح لازماً الآن حتى يحتج بالعقد ضد المملك نفسه طبقاً للمادة الاولى من قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقمى ١٨ و ١٩ أهلى ومختلط

هذا مع ضرورة مراعاة أن التسجيل لا يترتب عليه نقل الملكية حتى ولو كان التصرف حاصلا من طريق التهريب. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٠ من قانون

---

(١) antidaté (٢) د، ٩٢، ٢، ٦٠٩ ــ س، ٩٣، ٢١٠ ــ د، ٩٣، ٢، ٢٨٠ (٣) د، ٩٠٩، ٢، ٢٩٨ (٤) tiers

التسجيل المذكور « . . . . . فاذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير كما أنها لا تكون حجته كذلك ولو كانت حجته اذن داخلها التدليس.. » والا لو قيل بعكس ذلك لكان فيه الغاء لدعوى إبطال التصرفات ولترتب عليه رواج التهريب والاضرار بالدائنين بما فيه من الخطر ما فيه الا اذا كان الشارع يحتاط وقت التصرف احتياطاً من شأنه اخبار من له مصلحة فى الطعن على التصرف طعنا خاصا لاجراءات قانونية ضامنة .

٣٥٠ ـ ويجب فى الدائن الطاعن أن يكون دينه مستحقاً حالا . أما اذا كان معلقا على شرط أو معقوداً بزمن فلا يجوز له رفع دعوي الابطال . نعم ولو أن له حق اجراء الاعمال التحفظية [١] ضد مدينه ولكن دعوى الابطال لا تعتبر فى عداد هذه الاعمال بل هى وسيلة تكميلية أو مساعدة فقط [٢] أى لا ترفع الا بعد أن يتحقق لدى الدائن بأنه لا يوجد لدى مدينه ما يصح التنفيذ عليه . وهل مثل ذلك يتحقق لدى الدائن المعلق دينه على شرط او الموقوف على زمن؟ طبعاً لا . لذا وجب أن يكون ألدين مستحقا لوقته

٣٥١ ـ على أنه يجب ملاحظة أنه اذا أصبح المدين فى حالة اعسار عام فلا يجوز للمدين الاستفادة من الزمن فيما اذا كان دين الدائن موقوفاً على حلول زمن معين ، بل يعتبر الدين حالا (المادة ١٠٢ / ١٥٦ مدنى و١١٨٨ فرنسى) وعلى ذلك يجوز فى هذه الحالة رفع دعوى الابطال

ز — فى ماهية دعوى الابطال

٣٥٢ ـ أثارت ماهية دعوي الابطال وكيانها القانونى ثائرة المفسرين فكتبوا فيها طويلا طلباً فى ازالة ما علق بها من الغموض . ولقد تساءلوا عما اذا كانت هذه الدعوي هى دعوي الغاء [٣] أو هى مجرد دعوي اصلاح ضرر واقع [٤] ترفع ضد الغير وهو مدلس [٥] ومتواطىء مع الدين. ثم عقدوا النظرية تعقيداً آخر وأفاضوا فيها اذا

(١) actes conservatoires (٢) راجع نبذة ٣٣٨ (٣) action en nullité
(٤) action en réparation du préjudice (٥) tiers fraudator

كانت دعوى الابطال دعوى عينية [١] أو دعوى شخصية [٢] وذهب بعضهم الى أبعد من ذلك فقال بأن دعوى الابطال هى دعوة مختلطة [٣] أى هى بين العينية والشخصية

٣٥٣ - ولما كانت هذه المساجلات بين الكاتبين قد زادت غموض هذه المسائل فوق غموضها فالافضل تركها جانبا مؤقتا والبحث فى طبيعة الدعوى من طريق آخر . ذلك أن دعوى الابطال انما هى وليدة الزمن الذى هذبها وكونها تكوينا يتفق مع الضرورات الاجتماعية المختلفة . وكان الغرض منها فيما مضى والآن أيضا حماية حقوق الدائنين مع عدم المساس بمصالح الغير حسني النية. أى هى تعمل على التوفيق بين حقوق متعارضة . لذا أصبحت متميزة بخصائص خاصة بها وذات صبغة موقوفة عليها فهى لا تعتبر دعوى الغاء ولا مجرد دعوي عادية بسيطة [٤] للمطالبة باصلاح ضرر واقع بل هى تجمع بين هذه وتلك [٥] ولكن يجب أن نسارع الى تقرير انها أقرب الى دعوى اصلاح الضرر وجبره أى دعوى شخصية منها الى دعوى الالغاء أى الدعوى العينية . أى أن صفة الدعوى الشخصية غالبة فيها والدليل على ذلك نفس ما قرره القضاء بشأن المشترى من المشترى [٦] اذا كان البائع يقع تحت طائلة دعوى الابطال سواء كان موهوبا اليه أو مشتريا بسوء نية من المالك الاصلى . ولقد عارض بعض الشراح فى هذه الايام فى الاخذ بهذا الرأى مستندين الى المنطق المحض فى تقرير المبادىء القانونية وذلك بأن قالوا أن من نتائج دعوى الابطال القضاء على العقد الاول المملك للبائع الذى باع للمشترى الاخير . وما دام أن الاصل باطل فما يتفرع عنه باطل أيضا أى أن البيع الثانى [٧] باطل لبطلان البيع الاول وعلى ذلك يصبح المشتري الثانى بلا سند تمليك ما دام أن المملك لا سند له [٨] ولكن لم ترج هذه الطريقة المنطقية البحتة ولم يأخذ بها القضاء بالمرة بل قرر القانون الرومانى من قبله بأن نجاح الدعوى ضد المشترى الاول لا يؤثر على المشترى الثانى الا اذا كان هو الآخر قد تملك من

---

(١) action réelle (٢) action personnelle (٣) action mixte (٤) action pure et simple (٥) كولين وكابتان ج ٢ ص ٥٩ (٦) sous-acquéreur (٧) sous-aliénation (٤) ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ ، ١٥ ، ٢٩٢

طريق التبرع [١] أو بعقد بعوض وكان فى هذه الحالة الاخير مدركا [٢] للتدليس الذى يرتكبه المدين البائع اليه اضراراً بالدائنين [٣] وما دام الرأى القضائى هو كذلك وجب عدم اعتبار دعوى الابطال كدعوى الالغاء

٣٥٤ — واذا لم تكن دعوى الابطال دعوى الالغاء فانه لا يجوز مع ذلك تشبيهها بدعوى التعويض مادام أنها ترمى فى الاصل الى بطلان العقد المشوب بالتدليس حتى يتسنى للدائن الذى رفعها الحجز على الشيء أو نزع ملكيته . ولكن السبيل فى نجاح الدائن موقوف على عدم المساس بحقوق الآخرين وهى الحقوق التى يجب حمايتها هى الأخرى قانوناً

ومع ذلك إما أن تنتهى دعوى الابطال ببطلان العقد المطعون فيه وإما أن تستحيل الى المطالبة بتعويض فيبطل العقد ويصبح الشيء مهدداً بحجز ونزع الملكية من جانب الدائن اذا كان المشتري موهوباً اليه أو تعاقد مع المدين تعاقداً بعوض وكان سيء النية [٤] أو كان المشترى من المشتري موهوبا اليه هو الآخر أو اشترى بسوء نية . وعلى العكس من ذلك اذا كان المشترى من المشتري حسن النية فان عقده يظل صحيحاً ويبقى الشيء المباع تحت يده وإنما الذي يبطل هو العقد الاول الصادر من المدين الى المشتري وفى هذه الحالة تستحيل دعوي الابطال الى تعويض يقضى به للدائن ضد المشتري الأول منفرداً أو ضد الاثنين هو والبائع له بالتضامن [٥]

٣٥٥ — هذا ويجوز رفع دعوى الابطال ككل دعوى أخرى. كما يجوز أن يدفع بها بمثابة دفع موضوعى [٦] فى الدعاوى المرفوعة [٧]

---

(١) à titre lucratif (٢) conscient (٣) د . ٩٩ ، ٢ ، ٤٨٥ . — س ، ١٩٠٠ ، ٢ ، ٢٣٥ ، ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ ، ٢٦ ، ١٧٠ . — ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ ، ٣٤ ، ٤٥٧ ، — ٣١ ديسمبر سنة ٩٩ م ر ١ ، ١ ، ص ٣٣١ . — حكم كلى ٢٩ نوفمبر سنة ٩٠٤ م ر ١ ، ٦ ص ٤٣ (٤) de mauvaise foi (٥) د ، ٧٣ ، ١ ، ٦٥ . — س ، ١٧٣ ، ٢١٧ (٦) Exception

(٧) حكم استئناف ١٧ مارس سنة ٩٠٨ م ر ١ ، ١٠ ض ١٢

ح. — فى آثار دعوى الابطال

٣٥٦ — اذا نجحت دعوى الابطال فهل يستفيد منها جميع الدائنين أم يستفيد منها الدائن الذى رفعها فقط دون غيره ؟ أو بعبارة أخرى هل نتيجة الدعوى مطلقة[١] أو نسبية [٢]

رأينا أن نص المادة ١١٦٧ فرنسى يقول « ولهم أيضاً وباسمهم خاصة ... » أى أي للدائن وحده أن يرفع الدعوى باسمه لا باسم غيره أي أن الحكم الصادر فيها يكون أثره مقصوراً فقط على طرفى الدعوى المدعى والمدعى عليه . ذلك كله لأن القانون فى الوقت الحاضر يرى أن دعوى الابطال هى دعوى فردية خاصة بمن يلجأ اليها ولا تعتبر دعوى يراد بها تصفية أملاك المدين كما كان الشأن عند الرومان . فاذا نجح رافع الدعوى فى دعواه وصدر الحكم ببطلان العقد المطعون فيه استفاد هو خاصة من نتيجة هذا الحكم أى أن نتيجة الحكم نسبية غير مطلقة [٣] ويترتب على ذلك أن العقد يظل صحيحاً بالنسبة للآخرين أى يظل صحيحا بين المدين والمتعاقد معه ، وبين المدين وبقية الدائنين وهم الذين لم يكونوا أخصاماً فى الدعوى

٣٥٧ — هذه النتيجة النسبية هى غير النتيجة المطلقة التى لاحظناها فى الدعوى غير المباشرة المنصوص عنها بالمادة ١٤١/٢٠٢ مدنى و ١١٦٦ فرنسى وهى التى يرفعها الدائن بالنيابة عن مدينه عند إهمال هذا الاخير أو تعمده عدم العمل إضراراً بدائنيه . والسبب فى الفرق بين النتيجتين فى الدعويين راجع الى أن الدعوى غير المباشرة يقصد بها إضافة المبلغ أو الشىء الى مال المدين كان المدين هو الذى رفعها وحكم له بالدين . وعلى العكس من ذلك دعوى الابطال فان الدائن الذى يرفعها إنما يعمل باسمه خاصة لا باسم مدينه أى ينتفع بحق خاص له [٤]

---

(١) absolu (٢) relatif (٣) د ، ٩٤ ، ٢ ، ٤٩٠ ، ٢٠ يناير سنة ٩١٦ ، ٢٨ ، ١٢٢ . — استئناف ٢٣ يناير سنة ٩٠٠ م ر ١ ، ٢ ص ٩٠ . — جزئى اول يناير سنة ٩١٩ م ر ٢٠١ ص ١٢٠ عدد ٩٢ . — جزئى ١٥ مارس سنة ٩٢٠ م ر ١ ، ٢٢ ص ٧٨ عدد ٤٤ . وعلى ذلك لا يعتبر العقد باطلا بالنسبة لبقية الدائنين الذين لم يشتركوا فى الدعوى (الحكم نفسه) . ويجوز حينئذ قبول دعوى ابطال ثانية بعد الفصل فى دعوى ابطال اولى بالرفض : ٢٢ فبراير سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ١٢٥ (٤) droit propre

٣٥٨ ـ ومما مر يمكن حصر النتائج القانونية لدعوى الابطال فيما يأتى :

١) يبطل العقد المطعون فيه بالنسبة للدائن رافع الدعوى ، ولا يبطل الا اذا كان المتعاقد مع المدين سيء النية . ومع الحكم ببطلانه هذا فان الدائن لا يستطيع طلب بطلان العقد الصادر من المشترى الأول الى المشترى الثانى الا اذا كان هذا الأخير موهوبا له أو كان سيء النية . أما اذا كان حسن النية فلا يؤثر بطلان العقد الاول على العقد الثانى . بل تستحيل دعوى البطلان فى هذه الحالة الى تعويض يلزم به المشترى الاول وحده وبالتضامن مع المدين . وكذلك الحال فيما اذا كان المشترى قد ارتهن العقار دون شرائه [١]

وعلى المشترى سيء النية أن يرد الثمرة [٢] التى أخذها عند استثمار الشيء المبيع له وهو مسئول أيضا عن الثمرة التى لم يأخذها باهماله [٣] وله حق المطالبة بما صرفه على الشيء من المصاريف اللازمة [٤] لحفظ الشيء . وكذلك المصاريف النافعة [٥] بقدر ما زاد فى قيمة الشيء [٦] وقت رده المدين سواء كان حسن النية أو سيء النيـة . وليس له حق المطالبة بمصاريف الزينة [٧] انما له رفع ما أجراه أي ازالة ما عمله على شرط عدم تلف الشيء . وله حق حبس الشيء تحت يده [٨] حتى تمام استيفاء مصاريفه لأن له عليه حق امتياز [٩]

٢) يجوز المشترى من المدين أن يبطل مفعول دعوى الابطال بان يدفع من ماله دين الدائن رافع الدعوى . وعلى ذلك يحكم بعدم صحة الدعوى لانتفاء مصلحة المدعى فيها [١٠]

---

(١) د،٧٧،٢،١١٣.ـ س.٧١،٢،٣٢١ (٢) fruits (٣) ٢٠ ديسمبر سنة ٩١٧،٣٠،٩٤ لان المشترى يعتبر انه ارتكب شبه جنحة quasi-délit (الحكم المذكور) (٤) impenses nécessaires (٥) impenses utiles (٦) plus-value (٧) impenses voluptaires (٨) droit de rétention (٩) المادة ٦٠٢/٧٢٩ مدنى . ـ راجع دى هلس ج١ص ١٣٧و١٣٨و١٣٩ البند ٦٢-٦٨ (١٠) وابطال العقد الصادر من المدين اضراراً بدائنيه مقصور فقط على القدر اللازم لدفع دين الدائن الطاعن . فاذا رهنت عين ثم اوقفت ورفعت دعوى الابطال وحكم بقبولها ثم نزعت ملكيتها وجب بعد دفع دين الدائن الطاعن أن يشترى بالبقية الباقية من الثمن عيناً ثم توقف ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥، ١٧، ١٨٢

٣) لا يبطل العقد فيما بين الغير والمدين حتى ولو كان الغير سيء النية . بمعنى أن الغير لو دفع الدين للدائن ظل عقده صحيحا وظل منتفعا بالشيء المباع له . واذا حكم ببطلان العقد ونزع منه الشيء المبيع جاز له باعتبـاره خلفا للبائع(١) الرجوع على المدين بالثمن لا بالتعويض ، أي له حق الرجوع بالضمان(٢)

٤) واذا نجح المدعى فى دعواه أصبح فى مأمن عن مزاحمة الدائنين الآخرين له (٣) إلا اذا دخلوا كلهم أو بعضهم خصما فى الدعوى وانضموا فى طلباتهم الى المدعى ففى هذه الحالة يستفيدون من الحكم فيها مثله تماما (٤)

وهذا الرأى الاخير وهو قصر نتيجة الحكم على الدائن رافع الدعوى دون بقية الدائنين فانه لم يجمع عليه القضاء فى جميع أحكامه بل ذهب بعض الاحكام الى الرأى العكسى (٥)

٣٥٩ ــ أما اذا كانت دعوى الابطال مرفوعة ضد المدين المفلس(٦) فان أثرها يكون عاما مطلقا لجميع الدائنين وذلك نظراً لعدم قابلية الافلاس للتجزئة ولأن دعوى الابطال تعتبر وقتئذ من الاجراءات الشاملة لجميع الدائنين(٧) تحكي فى نتائجها ما كان معروفا عند الرومان من رد الشيء الى ما كان عليه (٨)

في سقوط دعوى الابطال بمضى المدة

٣٦٠ — نصت المـادة ١٣٠٤ من القانون الفرنسى على ان دعوي الالغاء تسقط بمضى عشر سنوات اذا لم ينص القانون على مدة أقل . ولا يوجد بالقانون المصرى شبيه لها. وعلى ذلك كل دعوى بالالغاء تسقط فى مصر بالمدة العادية المسقطة للحقوق كافة وهى ١٥ سنة الا اذا نص القانون على مدة أقل . اما دعوى الابطال فقد قلنا عنها بانها ليست دعوى الغاء محضة أي ليست بدعوي عينية وانها ليست بدعوي تعويض صرفة أى ليست بدعوى شخصية بل هى بين بين وهى أقرب

---

(١) ayant cause (٢) recours en garantie (٣) concours د ، ٩٢ ، ٢ ، ٤٤٠ ــ س ، ٩١ ، ٢ ، ٩٠ . (٤) دى هاس ج ١ ص ١٣٩ نبذه ٦٠ و ٦١ (٥) س ، ٧٨ ، ١ ، ٣١٦ . ــ د ، ٩٢ ، ٢ ، ٦٠٩ . ــ س ، ٩٣ ، ٢ ، ٢١٠ . ــ دى هلس ج ١ ص ١٦ نبذة ٥٩

(٦) débiteur en faillite (٧) mesure collective (٨) restitutio in integrum د ، ٩١٠ ، ١ ، ٤٠٩ ومقال « بيرسيرو Percerou » . ــ س ، ٩٠٩ ، ١ ، ٣٠٥ ومقال « ليون كان Lyon - Caën »

للشخصية اكثر منها للعينية [١] وعلى ذلك فهى تسقط ككل دعوي أخري بمضى ١٥ سنة ما دام أن القانون لم ينص على مدة أقل [٢]

ولكن هل يجوز ان تسقط الدعوي بمضى المدة الصغيرة المسقطة ؟ أى هل يجوز للمشترى اذا لم ترفع الدعوى من الدائن فى ظرف خمس سنوات من تاريخ شراء المشترى من المدين ، ان يدفعها باكتساب الملكية بمضى المدة القصيرة أى خمس سنوات ؟ لا يجوز ذلك . لان دعوى الابطال يراد بها بطلان تصرف أو تعويض أى انها لم تكن دعوى عينية . وما دام أن المدة المكسبة تحمى واضع اليد ضد الدعاوى العينية الموجهة قبله دون غيرها لتحميه ضد المالك الحقيقى فى حالة شرائه من غير المالك فهى لا تصح حينئذ دفعاً تدفع بها دعوي الابطال التى قلنا عنها بانها شخصية لا عينية

هذا ويجب هنا ملاحظة ضرورة التفرقة بين حسن النية فى التقادم بخمس سنوات وسوء النية فى عوي الابطال اذ الأول خاص بان المشتري يعلم بان مملكه مالك لما يتصرف فيه . وأما الثانى فهو ادراك المشتري للضرر المحدق بدائني البائع من جراء هذا التصرف . وعلى ذلك يجوز ان يكون المشتري حسن النية من حيث التقادم القصير لكونه اعتقد انه اشترى من المالك الحقيقى ، وسيء النية من حيث دعوي الابطال لكونه يعلم بان شراءه يسبب اعسار البائع او يزيد فى هذا الاعسار ولا تعارض بين الاثنين . اذ قد يحصل ان يعتقد بحق بان المملك له مالك حقيقة لما يتصرف فيه اليه ، ولكن فى آن واحد يعلم ويدرك هذا المشترى بان نفس هذا التصرف ضار بدائني البائع ، ويصبح المشتري فى هذه الحالة جامعاً لحسن النية فى موضع وسوء النية فى موضع آخر .

---

(١) كابتان ص ٦١ . — بلانيول ص ١٥ ا ن ٣٣٢ ومابعدها . — د ، ٩٤ ، ١ ، ٥٠٥ . — س ، ٩٨ ، ١ ، ٥١٠

(٢) ولكن القضاء المختلط اصدر حكما هاما اذ قال بانه لا يجوز الدفع فى وجه رافع دعوى الابطال ، بالدفع بمضى المدة الطويلة من قبل الغير . لأن هذا الدفع لا يدخل ضمن دائرة دعوى الابطال بل هو اجنبي عنها . ولانه من المستحيل ان يفضل الحق العينى المقرر لهذا الغير الحق الشخصى المقرر للدائن . واذا كان هذا الغير مسئولا لسبب الجنحة التى وقعت منه ، وهى جنحة الغش والتدليس ، او مسئولا بسبب شبه الجنحة وهى الاثراء بلا سبب ، وحتى ولو اصبح مالكا للعقار بمضى المدة ، فانه من اللازم عليه ان يرد العقار الى مال المدين حتى بذلك يصلح الضرر الذي احدثه بالدائن رافع دعوى الابطال : استئناف م ١٤ ديسمبر سنة ٩٢٢ م ت ق ، ٣٥ ، ٩٦

فى العمل بدعوى الابطال الرومانية
فى الوقت الحاضر

٣٦١ — دعوي الابطال الرومانية باقية فى حالة الافلاس التجاري . وذلك ان التاجر اذا ساءت حاله وتوقف عن الدفع أي عن الوفاء بالديون المطلوبة منه يعمل فى الغالب على السير فى طريق التدليس أملا فى الحصول على مال أو فى تفضيل بعض الدائنين على بعض حتى يستعين بمن يفضلهم بمعاونتهم اياه فى اعطائه مهلة فى الدفع تفادياً من الافلاس أو فى التعمية عليهم حتى لا يشعروا بما نزل به من الاعسار. لذا سميت، بحق ، الفترة الكائنة بين الوقت الذي امتنع فيه عن الدفع وبين اشهار افلاسه بالفترة المشكوك فيها [1] نظراً لما يحيط بالمدين التاجر المعسر من شبهات تهدد جماعة الدائنين فى حقوقهم . ولهذا السبب عمل القانون التجاري على الاهتمام بوضع احتياطات ترمى الى حماية الدائنين مما يجريه المدين فى فترة الشك (المادة ٢٢٧ / ٢٣٥ تجاري و٤٤٦ فرنسى) حيث الغى بعض الاعمال الصادرة من المدين كالتبرعات ودفع الديون غير المستحقة ، أو دفع الديون المستحقة بغير النقود والسندات التجارية ، وتقرير رهن تأميني أو حيازي لديون سابقة. ويقع الالغاء هذا دون الحاجة الى الطعن فيها أو اثبات التدليس اذ التدليس والضرر مفروض وقوعه والقرينة عليها قائمة وقاطعة . وأما الاعمال الأخري كالتصرف بعوض ودفع الديون بمبالغ من المال فانه يجوز الغاؤها اذا قام الدليل على علم الغير المتعامل مع المدين بتوقفه عن الدفع (المادة ٢٢٨ / ٢٣٦ تجاري و٤٤٧ فرنسى)

مما مر يري ان دعوي الابطال لا توجه ضد عمل منفرد بل ضد طائفة من الاعمال ولذا سميت بدعوي الابطال الموجزة [2] هذه هى الخصيصة الاولى لدعوي الابطال فى الافلاس

وأما خصيصتها الثانية فهى التى أخذتها عن الرومان أى انها احتياط فى مصلحة جماعة الدائنين أى احتياط للجميع [3] لان الذى يقوم به هو وكيل الدائنين [4]

(١) période suspecte (٢) action paulienne simplifiée (٣) mesure collective
(٤) syndic

وباسمهم . ويجوز لهذا الوكيل الاستعانة بدعوى الابطال العادية للطعن بها على أى عمل آخر تدليسى ضار بالدائنين يكون قد وقع قبل الزمن المشكوك فيه [١] . واذا أهمل وكيل الدائنين فى رفع هذه الدعوى فى هذه الحالة الاخيرة وظروفها جاز لكل دائن على حدة ان يرفعها باسمه خاصة وبذلك يتحمل وحده [٢] عبء ما يقوم به من مصاريف وخلاف ذلك [٣] . ولقد قال البعض اكثر من ذلك وهو جواز مزاحمة جماعة الدائنين لوكيلهم فى رفع دعوى الابطال عن الاعمال الحاصلة فى الوقت المشكوك فيه . وهذا الرأي محل نظر

٣ — فى دعوى الصورية

٣٦٢ ـ رأينا فى دعوى الابطال ان التصرف الحاصل من المدين تصرف جدي أي تصرف قانونى فى ذاته نافذ على الاثنين لانه بمقابل ودفع فيه ثمن انما شاب العقد فقط التدليس من قبل المدين اضراراً بدائنيه ـ أما التصرف الصوري فهو تصرف من غير مقابل أريد به اخراج الشيء من مال المدين أو تحميله برهن كل ذلك على شكل صوري أي غير حقيقي وقد يحصل لزيادة الايهام أن يسعى الطرفان الى تسجيل العقد أو اثبات تاريخه ذراً للرماد فى أعين الناظرين اليه من الدائنين ، ومع التسجيل واثبات التاريخ يظل العقد صورياً . فاذا وقع العقد على شكل صوري ، أى حصل عقد ولم يحصل تصرف حقيقي ، جاز للدائن أن يرفع دعوى الصورية [٤] ويطلب فيها الحكم باعتبار العقد صورياً وانه لم يحصل فى الحقيقة تصرف ما وانه ان وجد العقد فوجوده وهمى [٥] لاحقيقي . وعلى ذلك لا تعتبر دعوى الصورية دعوى الغاء [٦] ولا دعوى اصلاح ضرر [٧] بل هى دعوى التقرير بنفى وجود التصرف [٨] أذ يطلب فيها الى القاضى الحكم بالتقرير بعدم وجود العقد من الوجهة القانونية . وليس

---

(١) س،١٩١٢، ١، ٥٦١ ومقال «بوركار Bourcart»

(٢) à ses risques et périls

(٣) د ، ١٩١٠، ١، ٤٠٩ ومقال «بيرسيرو Percerou» — س،١٩٠٩، ١، ٣٤٥ ومقال «ليون كان Lyon-Caën»

(٤) action en déclaration de simulation

(٥) existence fictive

(٦) action en nullité

(٧) action en réparation de préjudice

(٨) action en déclaration d'inexistence

الغرض من الالتجاء للقضاء هو الحصول على حكم مقرر لحالة جديدة لم تكن موجودة من قبل ، ذلك لان صورية العقد لا صفة به من يوم وجوده المادي فلا حاجة الى الحكم بالصورية ما دامت موجودة من قبل وانما الغرض من ذلك هو ضرورة احترام المبادئ القانونية العامة وأن لا يترك الافراد بعضهم أزاء بعض يتقاضون حقوقهم بمحض قوتهم هذا من جهة ومن جهة أخري فالاصل فى العقود أن تكون نافذة مؤقتاً حتى يقوم الدليل على بطلانها . فلا بد حينئذ من صدور حكم مظهر اي مقرر [١] لامثبت اي منشيء [٢] للصورية

٣٦٣ — والشبه قائم من بعض وجوهه بين دعوى الابطال ودعوى الصورية من حيث الحصول على حكم بعدم صحة العقد ومن حيث جواز اعتبارهما دفعاموضوعيا فى الدعاوى دون الحاجة الى ضرورة رفع دعوى بهما ، وجواز الدفع بهما فى آن واحد [٣] . ولذا خلط القضاء الفرنسى أحياناً بين الدعويين ولكنه انتهى بالفرقة بينهما تفرقة جعلت لكل منهما مجالا خاصا ونتائج معينة موقوفة عليه [٤] . وكذلك يوجد بعض الشبه أيضاً بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة من حيث أن كلا منهما أداة حماية الدائن ولكن الفرق بين هذه الدعاوي عظيم .

٣٦٤ — وتختلف هذه الدعاوي بعضها عن البعض فيما يأتى :

فى اختلاف دعوى الصورية عن الدعوى غير المباشرة : الشبه عظيم بين الاثنين لأنه يظهر أن الدائن فى دعوى الصورية انما يعمل بالنيابة عن مدينه ويجوز لهذا المدين قانوناً استرداد شيئه ممن تعاقد معه صوريا ولكن مع ذلك يوجد فرق كبير بين النوعين . لان فى الدعوى غير المباشرة يعمل الدائن باسم مدينه . ولكن فى دعوى الصورية يعمل باسمه خاصة . ومن ذلك النتائج الآتية

١) اذا رفع الدائن الدعوى غير المباشرة وطلب الحكم بالنيابة عن مدينه بصورية العقد وجب عليه أن يخضع لقيود « ورقة الضد » [٥] أى يجب عليه اثبات الصورية بالكتابة . وعلى العكس من ذلك فيما اذا رفع دعوى الصورية فانه يجوز له فى هذه

(١) déclaratif (٢) attributif (٣) ٢٨ مارس سنة ٩١٢ ، ٢٤ ، ٢٤٤

(٤) د ، ٩٢ ، ١ ، ١٥١ . — س ، ٩٤٠ ، ١ ، ٧٨ (٥) contre-lettre

الحالة أن يثبت الصورية بجميع الأوجه القانونية . ويرجع هذا الفرق الى أن الدائن في الحالة الأولى هو ظل مدينه أى خلفه [١] فيجب أن يحتج عليه بما يحتج به على مدينه . وأما في الحالة الثانية فهو في عداد طبقة الغير [٢] أى ما صدر من مدينه لا يعتبر حجة عليه الا بشروط خاصة ولانه يستحيل عليه الحصول على سند كتابي بالصورية اذ لم يكن طرفاً في العقد المطعون فيه ولذا يجوز له الاثبات بالقرائن والشهادة (المادة ١٤٤٨ مدني فرنسي) [٣]

٢) اذا عمل الدائن وحده باسم مدينه استفاد الدائنون الآخرون . أما اذا عمل بدعوى الصورية فانما يعمل باسمه خاصة و يستفيد وحده من نتيجة الحكم دون لآخرين اذ يحجز أو ينزع ملكية العقار وحده دون غيره استيفاء لدينه بلامزاحمله

٣٦٥ — في اختلاف دعوى الصورية عن دعوى الابطال : في دعوي الابطال يرمي الطالب الى بطلان عقد صحيح في ذاته . وفي دعوى الصورية يرمي عدعى الى اثبات عدم وجود العقد من الوجهة القانونية والى القضاء بصوريته . ويترتب اللى ذلك كله ما يأتي :

أولا من حيث شرط الدعوى : لا يلزم المدعي في دعوى الصورية باثبات أى شرط من الشروط المقررة لدعوى الابطال لا الضرر ولا التدليس ولا التواطؤ

١) فمن حيث الضرر ليس له اثباته أى ليس ملزماً أولا بجرد أملاك المدين ولا يصح الاحتياج عليه بأنه في امكانه تقاضى دينه من أى شيء آخر مملوك للمدين لانه للدائن أن يختار مايشاء من أملاك مدينه للتنفيذ عليه بدينه

٢) ومن حيث التدليس فلا يلزم المدعى في الصورية اثباته أى تقبل الدعوى حتى ولو لم يرد المدين بالمرة الاضرار بالدائن .

٣) أما التواطؤ فهو مفهوم بطبيعة الصورية اذ لا تفهم الصورية بدونه وليس من شأن العقد الصورى نقل أى حق ما الى المتعامل مع المدين ولذا لا يملك المتعامل مع

(١) ayant cause (٢) tiers (٣) د ، ١٩٠٠ ، ١ ، ٨٠ — س ، ١٩٠١ ، ١ ، ٣٤٧

المدين أى شيء . ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع هو الآخر أن يملك هو أى شخص آخر ما دام لا يملك هو شيئاً ما [١]

فاذا تعامل الغير مع المشترى من المدين بأن اشترى من المشترى أو ارتهن منه العقار فلا يصح العقد لان الأساس الذى استند اليه فاسد وهو عدم وجود العقد بالمرة من الوجهة القانونية [٢] . وهذا على خلاف ما رأيناه فى دعوى الابطال اذ مع الحكم ببطلان عقد المشترى الأول فان عقد المشترى الثانى يصبح صحيحاً ويجوز الأخذ به اذا توافرت شروط صحته من حيث دعوى الابطال .

٣٦٦ — هذا ولا يمكن فى هذه الحالة ، اى فى حالة أن يكون قد ارتهن الغير العقار من المشترى الأول أو توقع له عليه اختصاص ، الاستناد الى المواد ١٧٦ و ١٩٧ و ٢٤٢ مدنى مختلط (وهى المواد التى لا مثيل لها فى القانون الأهلى ، وهذه ملاحظة هامة جداً) واعتبار أن الحكم بابطال العقد الصورى لا يتمشى أثره على الدائنين المرتهنين بحسن نية . ذلك لان المواد المذكورة خاصة بحالة فسخ العقد [٣] ذلك الفسخ الذى يرجع إما الى عدم قيام المشترى من المدين بتنفيذ شروط العقد [٤] وإما الى عيب شاب عقد المشترى أى أحد عيوب الرضاء [٥] . وترتب على عدم تنفيذ الشرط أو حصول العيب فسخ العقد (المادة ٢٤٢ مدنى مختلط) . هذا ويلاحظ بأن هذه المواد المختلطة خاصة فقط بالدائنين المرتهنين لا المشترين وسنبين ذلك عند ما نتكلم على دعوى الالغاء فيما بعد .

ثانياً : **من حيث الدائنون الذين يرفعون الدعوى** : فى دعوى الصورية يجوز لجميع الدائنين المتقدمين منهم والمتأخرين على العقد الصورى حق رفع تلك الدعوى اذ للدائنين المتأخرين الحق فى القول بأن حق الضمان العام المقرر لهم على أموال المدين كان يشمل أيضاً الشيء الذى خرج صوريا من هذه الاموال

---

(١) د ، ٥ ، ٩٠٥ ، ٢ ، ١٢٧ (٢) استئناف ٢٨ مايو سنة ٩١٣ م ر ١ ، ١٥ ، ص ، ١٤ ، (٣) résolution (٤) المادة ١٧٦ مدنى مختلط ويستفاد ذلك من وضع المادة بعد المواد الاخرى الدالة على ذلك (٥) المادة ١٧٦ مدنى مختلط ويستفاد ذلك أيضاً من وضع المادة عقب المواد الاخرى الدالة على ذلك

ثالثاً : **ومن حيث سقوط الحق بالتقادم** : فان حق رفع دعوى الابطال يسقط بمضى ١٥ سنة وأما حق رفع الدعوى الصورية فانه لا يسقط أبداً [1] مهما طال الزمن ما دام العقد الصورى لم يوجد بالمرة ولن يكون له أثر فى الوجود

واذا صور المدين مع آخر دعوى صورية وصدر فيها حكم بالتزام المدين بدين جاز للدائن للمدين رفع دعوى الصورية يطلب فيها الحكم بصورية الدعوى الاصلية بحيث لا يكون للحكم الصورى أثر ما فى مال المدين

واذا كان العقد المطعون فيه بالصورية مفرغا فى قالب بيع وأريد به فى الحقيقة والواقع التبرع الى المشترى وجب فى هذه الحالة لاثبات الصورية اثبات أمرين : أولا : اثبات صورية البيع . ثانياً : اثبات صورية الهبة [2] لأنه اذا ثبتت صورية البيع دون الهبة صحت الهبة بمقتضى المادة ٤٨/٧٠ مدنى اذ تصح الهبة بلا عقد رسمى اذا أفرغت فى قالب عقد بعوض . ولذا يجب اثبات صورية الهبة أيضاً أى أن نية التبرع معدومة عند الواهب وأن الهبة صورية . وانما كان عقد البيع وسيلة للفرار من شرط رسمية الهبة وللايهام بأن ليس هناك هبة أيضا

فى الالتزامات الطبيعية [3]

١) كلمة عامة

٣٦٧ — الالتزام الطبيعى [4] أو الواجب المعطل هو التزام لا جزاء له [5] أى لا يستطيع الدائن مقاضاة مدينه بشأنه والمدين بالخيار ان شاء وفى وان لم يشأ فلا يوفي والأمر في الوفاء أو عدم الوفاء يرجع الى ضميره . انما اذا اعترف بمحض ارادته بوجود الدين حقيقة استحال الالتزام الطبيعى هذا الى التزام مدنى كامل واذا دفع المدين فدفعه صحيح قانونا لا يجوز له استرداده . وهذا ما تقوله المادة ١٣٧/٢٠٨ مدنى إذ قررت ما يأتى : « انما من أعطى باختياره [6] شيئاً لآخر وفاء لدين يعتقد ملزوميته

(١) droit imprescriptible (٢) د، ٧٣، ١، ٨٠ . ـ س، ٧٢ . ١، ٧٣

(٣) كابان ص ٦٤ـ ٧٤ والهامش ان ص ٦٤ . ـ بلانيول ص ١١٦ ـ ١ ١٢١ ن ٣٣٧ـ ٣٤٦

(٤) obligation naturelle (٥) sanction (٦) payement volontaire

به [١] ولو لم يوجبه القانون [٢] لا يكون له استرداده » وقالت المادة ١٢٥٣ فقرة ٢ فرنسي ما يأتي : « ولا يجوز استرداد المدفوع بالنسبة للالتزامات الطبيعية [٣] التي وفي بها بمحض الارادة » وهذان النصان المصري والفرنسي لم يرد خلافهما نصوص أخرى . ومن مقارنة النصين نرى أن الشارع الفرنسي ذكر عبارة الالتزام الطبيعي وأن الشارع المصري لم يذكرها بل ذكر بدلا عنها عبارة « واجب لم يوجبه القانون [٤] ونلاحظ أن النص العربي للمادة المصرية لم يحسن ترجمة هذه العبارة الفرنسية الخاصة « بالواجب الذي لم يوجبه القانون » اذ لم يأت بكلمة تقابل كلمة الواجب الفرنسية [٥] ولكلمة الواجب هذه معنى ذو أثر في تقرير نظرية الالتزامات الطبيعية

٣٦٨ — وعلى ذلك يعتبر من أخص خصائص الالتزام الطبيعي أنه يمكن الوفاء به بارادة المدين ولا يكره عليه بواسطة طرق التنفيذ المقررة قانونا أي يصبح الالتزام غير ملزم [٦] ولكن ألا يلاحظ في ذلك شيء من التعارض بين الالتزام من جهة وعدم الالزام به من جهة أخرى ؟ يزول هذا التعارض اذا رجعنا لدرس الاحوال الخاصة التي يتقرر فيها الالتزام الطبيعي. ذلك لانه توجد أحوال يلتزم فيها الانسان من الوجهة الادبية دون أن يكون مكرها على الوفاء بالوسائل القانونية. ويراد بالوجهة الادبية الواجب الادبي غير القانوني الذي يرجع في تقديره الى ضمير الانسان وذمته كما في حالة الدين في لعب الميسر أو القمار [٧] أو الدين بالمراهنة [٨] (المادة ١٩٦٥ فرنسي) وحالة الدين غير المدفوع والذي انقضى بمضي المدة المسقطة أو بتصالح المدين المفلس مع دائنيه [٩] فاذا دفع المدين في هذه الاحوال فلا يعتبر متبرعا بل يعتبر أنه وفى بدين اشتغلت به ذمته أي لا يعتبر واهبا

٣٦٩ — والالتزام الطبيعي على هذا الاعتبار هو التزام يربط المدين برباط قانوني [١٠] وهذا الرباط القانوني مشترك في الالتزام الطبيعي والالتزام المدني [١١] انما القانون يأخذ بناصر الثاني دون الاول [١٢]

---

(١) en vertu d'un devoir (٢) non sanctionné par la loi (٣) obligations naturelles (٤) devoir non sanctionné par la loi (٥) devoir (٦) obligation non obligataire ٢٦ مايو سنة ٣٣٧،٣٢،٩٢٠ (٧) dette de jeu (٨) dette de pari (٩) concordat (١٠) lien de droit (١١) obligation civile (١٢) دي هلس ج ٣ ص ١١٣ - ١١٤ ن ٤

واذا كان الالتزام الطبيعي لا يعتبر التزاماً مدنياً ولا تبرعاً فهو حينئذ التزام بين بين أى التزام غير كامل بل هو التزام ناقص [١]

ولما كان النقص ظاهراً فى أمر هذه النظرية ولم يقرر لها القانون المصرى والفرنسى الا مادة واحدة فيهما ، وكانت هذه النظرية من النظريات التقليدية [٢] التى تكونت أحكامها بحكم العادة والزمن والتقاليد الاولى وجب حينئذ البحث عن مصادرها وأحكامها فى ماضيها وحاضرها

٢) الالتزام الطبيعي عند الرومان

٣٧٠ — أن التعبير بالالتزام الطبيعي وكذلك النظرية فى ذاتهـا قال بهما الرومان . ولقد لوحظ فى عصر « نيرون [٣] » و « جوليين [٤] » أنه وجدت التزامات لم يحمها القانون باداة الدعوى [٥] ومع ذلك اذا حصل الوفاء بها كان الوفاء صحيحاً

ولقد نبتت هذه النظرية فى عهد تكوينها الاول بالعقود التى كان يجريها الارقاء ثم أخذت تنمو شيئاً فشيئاً حتى استعان بهـا مشترعو الرومان فى تقرير آثار قانونية لبعض الالتزامات التى كان يعمل القانون المدنى الرومانى المحض على محو هذه الآثار القانونية من طريق تخيـل العراقيل الصورية تخيلا استبدادياً . وهنا قامت حركة التشاد بين المفسرين ومرونتهم والقانون المدنى الرومانى وشدته وانتهى الامر بأن قرروا اعتبار طائفة من الاعمال فى عداد الالتزامات الطبيعية وهى التزام القاصر [٦] الذى تعاقد من دون الحصول على تصريح [٧] من الوصى عليه. أو التزام الشخص الذى لم يبلغ الخامسة والعشرين [٨] والمعين له قيم [٩] بلا رضاء [١٠] من القيم .أو التزام القاصر الذى لم يعين له وصى بالمرة والتزام ابن الاسرة بما يخالف قانون ماسيدونيان [١١] .والتزام القاصر المحرر [١٢] الذى منح حق استرجاع الشيء ورده الى أصله [١٣]

وقد قصر الرومان نظرية الالتزامات الطبيعيـة على هذه الاحوال المعينة ولم

(١) obligation imparfaite .ـ كولين وكابتان ج ٢ ص ٦٥ (٢) traditionnelles
(٣) Nêron (٤) Julien (٥) action (٦) impubère (٧) auctoritas
(٨) mineur de vingt-cinq ans (٩) curateur (١٠) consensus
(١١) Senatus consulte macédonien (١٢) mineur émancipé (١٣) restitutio in integrum

يتعدوها ولكنهم مع ذلك توسعوا في النتائج القانونية للنظرية . وهذه النتائج القانونية للرومان في الالتزامات الطبيعية هي ما يأتي :

١) ليس للدائن الذى دفع دينه أن يسترد ما دفعه مطلقاً وليس له رفع دعوى الدين المدفوع بلا سبب [١] فلا يستردما دفعه ولو دفع عن خطأ[٢] لانه ملزم بالدين طبقاً للاصول القانونية المقررة بالقانون المدنى الرومانى البحت[٣]

٢) يعتبر دفع الدين وفاء بالمعني القانوني لا تبرعاً

٣) يجوز في بعض الاحوال اعتبار الالتزام الطبيعى سبباً للمقاصة يدفع بها الدين في الالتزام الطبيعى . واعتبار الالتزام الطبيعى صالحاً لان يكون مضموناً بكفالة أى مكفولا ، أو مضموناً برهن تأميني ، أو محلا للاستبدال في الديون. وهذه الاحوال المختلفة تجعل الالتزام الطبيعي يستحيل الى التزام مدنى

٣) الالتزام الطبيعي عند الفرنسيين قبل سنة ١٨٠٤

٣٧١ — لم تعرف نظرية الالتزام الطبيعى فى القانون الفرنسى القديم قبل ظهور القانون الرومانى بفرنسا والعمل به . وقد أبى « دار جنتريه » [٤] الاخذ بها لاعتبارها مسئلة دقيقة جداً وليس لها مسوغ قانونى ما . وعلى العكس من ذلك رحب بها « دوما » وبوتييه .

واقتصر دوما على الأخذ بهـا فى حالة القصر الذين لم يصرح لهم بادارة أعمالهم من جانب الوصى [٥]

أما بوتييه فقد أفسح لها مجال العمل وكان أوسع صدراً بها عمن تقدمه أوعاصره . وهو أول من قال بالانواع التى يصح الأخذ فيها بنظرية الالتزام الطبيعى . وهى الانواع الآتية

أولا : الالتزامات الطبيعية التى قرر القـانون حرمان الدائن فيها من أداة الدعوى نظراً لـكراهته للسبب الذى استندت اليه ، كالدين الذى يستحقه صاحب الحان [٦] أو صاحب الماخور عما صرف داخل حانه

(١) condictio indebiti (٢) par erreur (٣) civiliter (٤) d'Argentré
(٥) incapables non habilités (٦) cabaretier

ثانياً : الالتزامات الناشئة عن العقود التى تحصل بمعرفة أشخاص متصفين بالتمييز [١] إلا أن القانون لا يجيز لهم التعاقد كالزوجة التى تتعاقد بلا إجازة من زوجها

ثالثاً : يستحيل الالتزام المدنى الى التزام طبيعى اذا نجح المدين في الدعوى المرفوعة عليه بأن يدفعها بالدفع الخاص بعدم جواز نظرها [٢] كالدفع الخاص بقوة الشىء المحكوم فيه والدفع باليمين الحاسمة والدفع بمضى المدة القانونية في سقوط الحق

ثم قرر بوتييه وجود فرق بين الالتزام الطبيعى هذا المتقدم ذكره وبين مجرد واجب الضمير [٣] الذى لا يرى فيه أى امارة قانونية

وأما عن نتائج الالتزام الطبيعى فانه خالف فيها القانون الرومانى اذ أبى أن يجعل لها جميع النتائج القانونية التى تقررت بالموسوعات الرومانية [٤] فأبى عليها أن تكون دفعاً في المقاصة أو أن تكون محلا للكفالة . إنما قرر لها نتيجة خالف فيها الرومان إذ قرر صحة الوفاء بالالتزام الطبيعى على شرط أن يكون الوفاء إرادياً أى بمحض إرادة المدين . وشرط الارادة هذا لم يقل به الرومان فاذا دفع المدين الدين فليس له استرداده من الدائن لانه لم يفعل شيئا أكثر من ارضاء ضميره بما التزم به

هذا هو ماقاله بوتييه ويظهر ان القانون الفرنسى الموضوع سنة ١٨٠٤ لم يشأ مخالفته فيما قرره بل على العكس من ذلك أراد فعلا الاخذ بما قرره . إذ لم يخرج محضرو ذلك القانون عن الامثلة الثلاثة التى ذكرها بوتييه والتى جعلوها مناراً يهتدون به في تقرير نظريتهم وقرروا عدم جواز الاسترداد

ولما جاء الشارع المصرى سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ قلد الشارع الفرنسى واقتصر هو الآخر على مادة واحدة بعد أن ترك جانباً بعض المواد الاخرى الخاصة بالمراهنة واللعب والتى تعتبر في ذاتها صوراً تطبيقية للنظرية كما سيتضح مما يلى :

والآن نأخذ في بيان هذه النظرية وأركانها ونتائجها في الوقت الحاضر مستعينين في ذلك بماضيها وما قرره القضاء مما أفسح مجال العمل أمامها افساحا عظيما لم تكن معروفة به من قبل

---

(١) discernement (٢) fin de non - recevoir (٣) devoir de conscience
(٤) Digeste

٤ — في الأحوال التي يتكون منها الالتزام الطبيعي

٣٧٢ — قرر هذه الأحوال الفقه والقضاء . واقتصر الفقه على أحوال خاصة . وأما القضاء فقد أكثر منها بقدر مادعت اليه الضرورات الاجتماعية التي تأخذ عادة في التجدد والتغير .

١ — في الأحوال التي قال بها الفقه

٣٧٣ — رجع رجال الفقه في تعيين هذه الاحوال ، كما رجع القانونيون السابقون على القانون الفرنسى الموضوع سنة ١٨٠٤ ، الى التفرقة بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي[1] . وقالوا بأن الثاني يرجع الآداب والأخلاق[2] وأما الأول فانه يرجع للقانون أي أنه التزام حقيقي أو بمعنى آخر هو عبارة عن رابطة قانونية اتصلت بدائن ومدين ونظراً لظروف خاصة ارتفعت عن هذه الرابطة القوة الاكراهية[3] وحرمت من حق رفع الدعوى أمام القضاء . وأما الواجب الادبي فهو غير موجود بالمرة من الوجهة القانونية البحتة .

وعلى هذا الاعتبار تكون الالتزامات الطبيعية إما التزامات مدنية لم تتم[4] أو التزامات مدنية زالت قوتها التنفيذية[5] والأسباب فيها جميعاً هي ما يأتي :

١) **الغاء تعهد مأخوذ على مفقود الاهلية نظرا لعدم توافر الشرائط المقررة قانونا** : الغاء التعهد هذا هو خلاف الالغاء بسبب عيب في الرضاء ويقولون فيه بأن الالتزام يصبح التزاماً طبيعياً في ذمة مفقود الأهلية فاذا دفع الدين بعد بلوغه سن الرشد أو دفعه وقت قيام فقد الأهلية ولكن مع مراعاة القيود القانونية في هذه الحالة الأخيرة فلا يجوز استرداد المدفوع[6] .

أما اذا كان الغاء العقد يرجع لأسباب تمس النظام العام فانه لا يبقى أثر ما

(١) devoir moral (٢) Morale (٣) force coercitive (٤) obligations civiles avortées (٥) obligations civiles dégénérées (٦) د ، ٩٦ ، ١ ، ٣٩١ — س ، ٩٧ ، ١ ، ٢٢٥ ومقال « اسمن Esmein »

للالتزام الطبيعي بذمة المدين اذ لا يوجد دين ، لا دين طبيعي ولا دين شرف [١] اذا كان الالتزام غير مشروع [٢] وعلى ذلك يجوز لمن دفع فوائد فاحشة أن يستردها [٣]

٢) الوصايا المقول بها شفوياً أو المدرجة بوصية باطلة شكلاً : اذا نفذها الوارث فلا رجوع له لانه نفذ التزاماً طبيعاً [٤]

٣) الالتزامات المدنية الموجودة في الحقيقة ولكنها معطلة بدفع . والدفوع [٥] المعطلة لهذه الالتزامات المدنية الحقيقية هي مضي المدة واليمين وقوة الشيء المحكوم فيه

فالدفع بسقوط الحق بالتقادم يقضي على حق الدائن اذا دفع به [٦] ولكنه مع القضاء عليه فان هـذا الحق اذا لم يدفع يترك في ذمة المدين مع ذلك حقاً طبيعياً وكذلك الحال في اليمين الحاسمة اذا أعوز الدائن الدليل وطلب الى مدينه اليمين فحلفها هذا الاخير كذبا [٧] والحال كذلك في الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه فيما اذا رفع الدائن الدعوى ففاجأه مدينه بهذا الدفع . فاذا أجاب المدين في هذه الاحوال الثلاث نداء ضميره واعترف بالدين ودفعه كان اعترافه ودينه صحيحين

٤) المفلس : فيما اذا حصل على صلح مع دائنيه [٨] بتنازل هؤلاء عن جزء من ديونهم [٩] فانه مع ذلك يبقى ملتزماً التزاما طبيعيا بما حصل التنازل عنه [١٠]

٥) حالة اللعب [١١] والمراهنة [١٢] : قررت المادة ١٩٦٥ مدني فرنسي ما يأتي : « لا يقرر القانون أي دعوى للمطالبة بدين في لعب أو للمطالبة بدين في مراهنة . » ثم قررت المادة ١٩٦٦ فرنسي ما يأتي « ويستثنى مما تقدم الالعاب الخاصة بالسلاح والجرى على الاقدام أو بالخيل والجرى بالعربات واللعب بالصولجان . وكذلك الالعاب الاخرى المشابهة لهذه والخاصة بمهارة الجسم ورياضته . — ويجوز للمحكمة مع ذلك الحكم برفض الدعوي اذا وجدت مبلغ الدين مبالغا فيه : » . ثم قررت المادة ١٩٦٧ فرنسي ما يأتي : « وفي أى حال من الاحوال لا يجوز لمن خسر استراد مادفعه بارادته

---

(١) dette d'honneur (٢) obligation illicite س، ٩٠، ٢، ٩٧ (٣) د، ٩٥، ١، ٣٤٦ . ـ س، ٩٦، ١، ١١٠ . ـ د، ٩٠٨، ٢، ٣٦٣ . ـ س، ٩٠٩، ٢، ٢٢ (٤) د، ٩٠٥، ١، ٤٧ . ـ س، ٩٠٥، ١، ٢٨ (٥) exceptions (٦) لأنه لا يجوز للقاضي أن يدفع به من تلقاء نفسه : المادة ٢٢٢٣ مدني فرنسي وهي قاعدة عامه (٧) parjurer (٨) concordat (٩) quote-part (١٠) د، ٩٠٠، ١، ٢٠٠ . ـ س، ٩٠٠، ١، ٣٣٧
(١١) jeu (١٢) pari

الا اذا حصل غش أو خداع أو نصب من جانب الذى كسب» وهذه المواد الثلاث تقرر قواعد عامة يجب الاخذ بها ولو أنها لم يرد لها مثيل في القانون المصرى الاهلى والمختلط . وقد ذكر دى هلس [1] دين المراهنة واللعب ضمن الالتزامات الطبيعية وقد لاحظ الشارحون [2] أن الحظر في استرداد ما دفع في اللعب والمراهنة لم يخرج عن كونه تطبيقاً للمادة ١٢٢٥ فقرة ٢ القائلة بأنه لا يجوز استرداد ما دفع في التزام طبيعي. وقال بعض الشارحين بأن اللعب هو عمل مخجل لايجوز الاستناد اليه أمام القضاء كسبب للالتزام أو كداع للاسترداد. ويرى كولين وكابتان أن هذا التفسير غير صحيح لان هذا القول لا يتفق مع الواقع اذ هو يجعل القانون [3] يتعارض مع الشعور العام الممثل فى هذا المثل العام «دين اللعب دين الشرف» [4] ويرى هذان المؤلفان أن الاصح هو القول بأن الشارع لم يرد تقرير جزاء للعب أو المراهنة بل ترك الامر الى من خسر ليفصل فيه طبقا لما يوحى اليه ضميره وذمته. وقالا إن بوتييه نفسه أكد وجود الالتزام الطبيعي في هذه الحالة . قال بوتييه : « ان القانون يحرم العقد من التنفيذ خارجا ولكن العقد مع كونه مخالفا للقانون فانه موجود . وطالما أنه لم يحتو على ما يمس العدل بأحد العاقدين قبل الآخر فانه ملزم للمدين من حيث الذمة والضمير . »

٦) الالتزام بتقديم « الدوط » للاولاد دين طبيعي في القانون الفرنسى وليس لدى الاولاد دعوى يستطيعون بها تنفيذ هذا الالتزام [5]

٧) قررت المادة ١٩٠٦ مدنى فرنسى ما يأتى : « اذا دفع المدين فوائد لم يكن متفقاً عليها من قبل فلا يجوز له استردادها ولا خصمها من أصل رأس المال . » وقال الشارحون في شرح هذه المادة بان دفع الفوائد من قبل المدين مع عدم النص عليها بسند الدين قرينة على سبق اتفاق على هذه الفوائد، والدائن ملزم باثبات هذا الاتفاق ، ولكنه لا يستطيع لعدم وجود دليل لديه [6] والافضل أن يفسر هذا هذا النص بماقرر كولين وكابتان [7] وهو أن الفوائد المدفوعة الى الدائن هى مقابل

(١) ج ٣ ص ١١٥ ن ٥ (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٦٩ (٣) droit (٤) dette de jeu dette d'honneur (٥) راجع مع ذلك نبذة ٣٤٢ (٦) د، ١٩٠٣، ١، ٢٠٢ - س، ١٩٠٧، ١، ٤٥٩ (٧) ج ٢ ص ٦٩

الخدمة التي قام بها الدائن نحو مدينه ولذا يرى المدين نفسه مضطراً الى دفعها بما يوحي اليه ضميره رغم عدم النص عليها بالعقد . وهذا التفسير وجيه . ولذا تعتبر المادة الفرنسية هذه مقررة لقاعدة عامة يجب الاخذ بها اذا رجعنا في تفسيرها الى ما قال به كولين وكابتان

هذه هي الحالات التي قررها رجال الفقه فيما يتعلق بنظرية الالتزامات الطبيعية . ويلاحظ أن من بينها ما هو نظري اكثر منه عملي . اذ ليس من الهين على المدين أن ينساق وراء ضميره فيدفع ديناً بعد أن نجح في دفع الدعوى الموجهة قبله بالدفوع الخاصة باليمين ومضى المدة وقوة الشيء المحكوم فيه . ولكن الحالة العملية الجارية الآن هي الحالة الخاصة بالمفلس الذي تصالح مع دائنيه على أن يدفع لهم جزءاً دون الباقي فاذا دفع الباقي بمحض اختياره ورغبته فليس له استرداده وقد يكون الباعث له على الدفع أن لا يستطيع قانونا أن يسترجع اعتباره[1] الا اذا دفع جميع ديونه (٤٠٨/٤١٦ تجاري)

٢ — مذهب القضاء في تعيين حالات الالتزام الطبيعي

٣٧٥ — لقد توسع القضاء كثيراً في الاخذ بنظرية الالتزامات الطبيعية وناصره فيها بعض رجال الفقه أخيراً . ويقرر القضاء الحاضر بأنه « يعتبر بأن هناك التزاماً طبيعياً في جميع الاحوال التي يلتزم فيها شخص قبل آخر أو يدفع له مبلغا من المال دون أن يكون مدفوعا في ذلك كله بنية التبرع بل يكون مسوقا بواجب الذمة والشرف » وبهذا التعريف اتسع مجال الاخذ بنظرية الالتزامات الطبيعية . واليك بعض الامثلة العملية التي قرر فيها القضاء تلك النظرية الهامة :

١) **الالتزام بالنفقة نحو الولد الطبيعي**[2] **غير المعترف به** : إذا لم يعترف الاب بابنه هذا فانه ملزم التزاما أدبياً بأن يؤدي له ما يفي بحاجاته وهذا الالتزام واجب ضميري يمكن أن يستحيل الى التزام مدني في شكل تعهد الى الام أو الى الولد بدفع مبلغ للقيام بشئون الولد . وأما السبب في هذا التعهد أو في الوفاء به فانه لم يكن رابطة

(١) Réhabilitation (٢) enfant naturel

رابطة النسب التي تربطه بالولد ، تلك الرابطة التي لا يمكن المطالبة بها قانونا فيما اذا كان الولد ابن سفاح[1] مثلا، بل السبب فيه الالتزام الطبيعي الذى نشأ عن رابطة النسب ومن المقرر في الشريعة الاسلامية انه ليس لابن الزنا نفقة على أبيه أو جده الصحيح انما له النفقة على أمه وجده الفاسد

٢) **الالتزام باصلاح الضرر الناشئ عن استهواء البنات بالخدعة :**

يراد باستهواء البنات من طريق الخدعة والكذب[2] هو الاحتيال عليهن في قضاء مآرب خاصة والاستعانة على ذلك بالوعود الكاذبة وعلى الاخص الوعد بالزواج. والاستهواء البسيط ، أي الاستهواء المجرد عن وسائل التهديد وعن استعمال السلطة في غير موضعها[3] وعن الوعد بالزواج ، لا يصلح في ذاته لان يكون مدعاة للمطالبة قانوناً بتعويض، إلا أن القضاء الفرنسى يقرر بأن هذا النوع من الاستهواء وهو الاستهواء البسيط يكون في ذاته التزاما طبيعياً ناشئا عما يوحى به واجب الضمير ونزعة الشرف، تلتزم به ذمة المستهوى وانه يجوز أن ينقلب هذا الالتزام الطبيعي الى التزام مدنى صحيح بفعل المستهوى نفسه[4]

هذا وقد ذهب القضاء الفرنسى الى أبعد من ذلك اذ قرر بان الوعد[5] الصادر من الرجل في الوقت الذى يقطع فيه رابطة الصلة بمحظيته[6] ، وهو الوعد الذى يرمى به الى أن يضمن لها حاجاتها المعاشية من مأكل ومشرب ومسكن ، هو اعتراف بالتزام طبيعي[7]

٣) **الالتزام بالنفقة للاقارب الاقربين والانسباء :** هذا الالتزام بالنفقة هو التزام بدين طبيعي في حالة ما اذا لم يقرره القانون على سبيل الالزام[8] ومسائل النفقة ترجع للشريعة الاسلامية ولشريعة كل طائفة من الطوائف الاخرى . وكل شريعة تقرر النفقة بطرق خاصة . ورغم تقرير النفقة بالشريعة الاسلامية وبالشرائع

---

(١) adultérin (٢) séduction (٣) abus d'autorité (٤) د ، ١٩١ ، ٢ ، ٩ ، ٣٠ ، ـ س ، ٩٨ ، ٢ ، ١٤١ . ـ كولين و كابتن ج٢ص ٧٠ . ـ و ج ١ ص ٣٠٠ (٥) promesse
(٦) concubinage (٧) د ، ٩٠٥ ، ٢ ، ٣٠٥ ومقال « بلانيول Planiol » ـ س ، ٩٠٧ ، ٢ ، ٢٤١ ومقال « هيمار Hemard » (٨) دى هلس ج ٣ص ١١٥ ن ٥

الاخرى فان القانون المصرى رأى أن يقررها من طريق الالزام بالمواد ١٥٥/٢١٧ و١٥٦/٢١٨ مدنى لا باعتبارها تابعة لقانون الاحوال الشخصية بل كالتزامات يوجبها القانون نفسه [1]

٤) يعتبر التزاما طبيعيا التعويض المدفوع بمحض الارادة في مقابل ما نزل بالغير من الضرر في الوقت الذى لا توجد فيه دعوى تبيح المطالبة بهذا التعويض [2]

٥) *الهبة بمقابل* . كالهبة التى يهبها المريض لطبيبه الذى أنقذه من المرض. مثل هذه الهبة تعتبر في بعض الاحيان وفاء بالتزام طبيعي

هذه هى الاحوال التى قرر فيها القضاء وجود التزام طبيعى . فاذا اعترف المدين بهذا الالتزام بصك على نفسه أو دفعه بمحض ارادته استحال الالتزام الطبيعى هذا الى التزام مدنى صحيح لا يجوز معه للمدين الفرار مدنياً من الصك المأخوذ عليه أو استرداد ما دفعه

ومن الاحوال العديدة التى قرر فيها القضاء وجود الالتزام الطبيعى نرى انه قد توسع توسعاً مقبولا وقرر صحة عدد غير قليل من التعهد بالوفاء على صور مختلفة كانت من قبل محلا للطعن وكانت غير ملزمة

ومن الصعوبات التى كانت تعتور القضاء فى سبيل تقرير الالتزام الطبيعى معرفة ما اذا كان التعهد بهذا الالتزام الثابت بسند عرفى مما يجب الحكم ببطلانه لانه هبة بعقد عرفى والهبة باطلة اذا لم تكن ثابتة بعقد رسمى طبقا للمادة ٤٨ / ٧٠ مدنى و٩٣١ فرنسى . ولكن القضاء لم يتردد البتة فى اعتبار هـذا السند العرفى خاصا بواجب ضميري أي واجب يقضى به الضمير وتلزم به الذمة . بمعنى أن السند العرفي لا يحتوي على تبرع أو هبة بل هو مقرر لدين سابق ولكنه دين معطل : وهـذه هى حالة من الاحوال التى تعتبر استثناء لرسمية عقود الهبة

٣٧٦ — ومما يرى ان القضاء فى الوقت الحاضر وفى توسعة فى الاخذ بنظرية الالتزامات الطبيعية قد عمل على التحرر والافلات من بعض القيود التى قررها

(١) استئناف ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة مجلد ٣ ص ٣٩٨ رقم ٣٣٧ (٢) د ، ٩٢ ، ١ ، ٢٣٤ . - س ، ٩٥ ، ١ ، ١٢٩ ومقال بالپدييه Balleydier « donations rémuné- (٣) ratoires

الرومان وشارحو القانون الفرنسى قبل سنة ١٨٠٤ وهي القيود التى قيدوا بها هذه النظرية وحصروها بها فى منطقة معينة . وربما يأتي يوم تفلت فيه هذه النظرية من كل قيد افلاتا تاما وقد أخذت النظرية فى هذه الايام تمتزج كل الامتزاج بواجب الضمير [1] أى أن القانون [2] قد أخذ يتوسع فى مجالاته العملية وبدأ بالفعل وفي الواقع يأخذ من الآداب والاخلاق مبادىء يدغمها فيه ويقرر لها جزاآت ويطبعها بطابع الالزام . وأصبحت الواجبات التى توحى بها الضمائر وتحتمها الذمم من الوجهة الاخلاقية البحتة واجبات يعني بها القانون . وما ذلك كله الا أثر من آثار تقدم المدنية كما لاحظ ذلك بحق كولين وكابتان [3] ولقد أصاب القانون المصرى في أن أتى بعبارة « واجب لم يقره القانون [4] » اذ جعل بذلك باب الالتزام الطبيعي مفتوحاً على مصراعيه بحيث يلتئم هذا التعبير مع النهضة التى قام بها القضاء الفرنسى من التوسع فى الاخذ بهذه النظرية .

٥) فى آثار الالتزام الطبيعي

٣٧٧ — للالتزام الطبيعي نتائج تتعلق إما بالوفاء الارادى وإما بالوعد بالوفاء

١ ـ الالتزام الطبيعي والوفاء الارادى

٤٧٨ — اذا حصل الوفاء في الالتزام الطبيعي بمحض ارادة المدين اعتبر الوفاء صحيحا لا يجوز استرداده (المادة ١٤٧/٢٠٨ مدنى و ١٢٣٥ فرنسى) [5]

فما هو المراد حينئذ بمحض الارادة ؟ وما هى علاقة الالتزام الطبيعي بنظرية استرداد المدفوع عن غلط ؟

١) الوفاء الارادى أو الاختيارى [6]: يراد به الوفاء الذى حصل من المدين بمحض رغبته وارادته دون أن يكون مكرها عليه بالوسائل القانونية . وشرط الارادة في الوفاء هو شرط عصرى لم يكن مقولا به عند الرومان . وقال به بوتييه . ويقول كولين وكابتان [7] بان كلمة الارادة [8] الواردة بالمادة ١٢٣٥ فرنسى لا تفتح

(١) devoir de conscience (٢) Droit (٣) ج ٢ ص ٧١ (٤) devoir non sanctionné par la loi (٥) ج ٤ ج ٢ ص ٣٢٧ ن ٣٥١٥ و ٣٥١٦ (٦) paiement volontaire (٧) ج ٢ ص ٧١ و ٧٢ (٨) volontairement

مجالا للابهام وهى بمعنى الشعور بالدفع والعلم به [١] أو العلم بان الوفاء هو عن التزام طبيعى [٢] ويقولان بانه اذا حصل الوفاء على عكس ذلك أي حصل من طريق الغلط [٣] أى حالة كون الذى يدفع [٤] لا يعلم بانه يدفع دينا طبيعيا فانه يجوز له في هذه الحالة أن يسترد ما دفعه من المدفوع اليه [٥]. وقال بذلك أيضا «دى هلس» [٦]

٣٧٩ — وانا لا نستطيع مجاراة هؤلاء المؤلفين الثلاثة فيما قرروه لاعتبارات موضوعية وقانونية . والقانونية إما أن ترجع للقانون الحالى المسطور من مصرى وفرنسى وإما الى القوانين الاجنبية

أولا : الاعتبارات الموضوعية : من المتعذر بل يكاد يكون من المتسحيل معرفة الفارق بين من يدفع دينا طبيعيا وهو لا يعلم بانه يدفع دينا طبيعيا ، وبين من يدفع هذا الدين وهو يعلم أنه يدفعه كذلك . اذ لا يخلو الحال مما يأتى :

١) اما أن يدفع غلطا ظنا منه بانه مدين بدين مدنى (وهو في الحقيقة لم يكن مدينا لا بدين مدنى ولا بدين طبيعى) . فى هذه الحالة له الاسترداد

٢) واما أن يدفع وهو يعلم بانه غير مدين لا بدين مدنى ولا بدين طبيعى . فى هذه الحالة ليس له الاسترداد ويعتبر متبرعا لانه لم يدفع عن غلط

٣) واما أن يدفع وهو يعلم بأنه مدين بدين مدنى أو طبيعى : فىهذه الحالة ليس له الاسترداد لانه وفى بدين ملتزم به مدنيا أو طبيعيا

٤) واما أن يدفع دينا طبيعيا وهو يظن خطأ انه يدفع دينا مدنيا. فى هذه الحالة يقول المؤلفون الثلاثة بأنه يجوز له الاسترداد لانه دفع عن غلط ويلحقون هذه الحالة بالحالة الاولى وهذا هو ما نخالفهم فيه

اذ من المستحيل في هذه الحالة الاخيرة الوقوف على حقيقة هذا الغلط أى تقدير الحالة النفسانية التى يكون عليها الدافع وقت الدفع وان كان من المتعذر تقدير الحالة النفسية في هذه الحالة فان التعذر هذا يقل اذا ظهرت له أمارات خارجية تنم عليه . والدفع من قبل الدافع ينم على الاكثر على الرغبة في الوفاء الارادى باعتبار انه من

(١) sciemment (٢) connaissance de cause (٣) erreur (٤) solvens
(٥) accipiens (٦) ج٣ص ١١٥ن٦

المفروض عليه أن يعلم بأن الالتزام الطبيعى غير ملزم اذا لم يعترف به . ولذا يحمل الدافع بعبء الاثبات وهو مستحيل عليه اذ كيف يثبت بانه ظن خطأ أن الالتزام الطبيعى لا يكره فيه المدين على الوفاء . وما السبيل الى اثبات هذه الحالة النفسانية الداخلية والمندمجة في روح الانسان وقد تم العمل الخارجى وهو الدفع على ما ينقضها ومتى تقرر أن الاعمال الخارجية مظاهر تنعكس فيها حركات النفس وجب على ذلك اعتبار أن الدفع امارة على الرضاء بدفع دين طبيعى

ثانيا : الاعتبارات القانونية : ترجع هذه الاعتبارات اما الى المبادىء القانونية العامة واما الى القانون نفسه المسطور واما الى الشرائع الاجنبية

١ — المبادىء القانونية العامة : يدعى الدافع وقت الدفع بأنه كان يظن خطأ بأنه ملتزم بدين مدنى فدفعه على هذا الاعتبار وان الحقيقة على خلاف ما يعتقد اذ الدين دين طبيعى . في هذه الحالة لا يعذر المدين لان غلطه غلط فى معرفة القانون أى جهل بالقانون اذ من الواجب عليه قانونا أن يميز بين الالتزام المدنىوالالتزام الطبيعى والتمييز هذا بين الاثنين يفرضه القانون على كل فرد باعتبار انه لا يجوز للانسان أن يدعى جهله بالقانون (المادة ٢ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية) ومتى كان الغلط هذا غلطا قانونيا [١] فلا يعذر فيه صاحبه مطلقا لان العذر في الغلط جائز اذا كان الغلط خاصا بواقعة من الوقائع[٢]

٢ القانون نفسه : تقرر المادة ١٤٥/٢٠٦ مدنى و١٢٣٥ فرنسى بأن استرداد المدفوع جائز اذا كان المدفوع غير مستحق بالذمة

والسبب في جواز الاسترداد أو مشروعيته هو أن المدفوع أصبح بلا سبب لذا يجب استرداده . فاذا تبين أن هناك سببا للدفع فلا يعتبر المدفوع مسببا . وفي الالتزم الطبيعى لاحظنا انه مسبوق بسبب ولذا سمى التزاما . ومشروعيته من وقت الرومان عند ما قرروه لاول مرة فى تعاقد العبيد مع الغير انه مسبوق بسبب وان أساسه العدالة حتى لا يزيد مال الفرد الا بقدر ما يخرج منه ، ولولا السبب ، وهو سبق خدمة أديت من الدائن لمدينه لا عتبر العمل تبرعا . والفرق بين الالتزام الطبيعى

(١) erreur de droit (٢) erreur de fait

والتبرع المدفوع خطأ أن النية في التجاوز ظاهرة في التبرع ونية التجاوز هي علة الهبة أو سبب التبرع . — وفي المدفوع خطا أصبح المدفوع بلا سبب لانه لم يسبقه عمل اداه الدائن للمدين ولم يشفع بنية التجاوز أى التبرع . واما الالتزام الطبيعي فهو لا يعتبر من المدفوع خطأ ولا تبرعا بل هو التزام في عنق المدين مقابل ما أداه له الغير . فالوفاء به حينئذ وفاء عن دين مستحق ولكنه دين معطل لذا لا تسرى عليه مطلقا المادة ١٤٥/٢٠٦ مدنى و ١٢٤٥ فرنسى. ولعلنا لم ننس بعد ما قرره نفس بوتييه في أن في الالتزامين المدنى والطبيعي رابطة قانونية تربط طرفى الالتزام . والفرق بينهما أن الرابطة فى الالتزام المدنى حماها القانون بأداة الدعوى وفى الثانى لم يحمها بل ترك الامر لذمة المدين وضميره . وبذلك نخرج الى هذه الخلاصة وهو أن المدين بدين طبيعي اذا وفي بدينه فانما يوفي بدين في عنقه ملتزم به وليس له مطلقا الادعاء بغلط وقع منه لان الذى وفى به هو مقابل ما استفاده هو من قبل الغير وحينئذ ليس له استرداد ما دفعه

٣ — **القوانين الاجنبية** : يجرى القانون الايطالى فى نظرية الالتزامات الطبيعية على ماقررناه أى لا يصح فيه الرد مطلقا ما دام قد وفى المدين بدينه وما دام الدفع من قبل المدين كان من تلقاء نفسه [1] دون أن يشوب رضاءه اكراه أو غش حتى ولو دفع من طريق الغلط [2] . نعم وان كانت ايطاليا هى البلد الذى حافظ على التقاليد الرومانية فحافظ على هذا المبدأ الذى قال به الرومان من صحة الدفع في الالتزام الطبيعي دون التقيد بشرط محض إرادة الدافع ، الا أن هذا الرأى تقضى به أيضا الاخلاق والآداب كما يلاحظ ذلك بحق كوان وكابتان [3]

هـذا ونلاحظ أن كلمة « انما » [4] التى ابتدأت بها المادة ١٤٧ / ٢٠٨ مدنى (وهى المادة المقررة للالتزام الطبيعي) لا محل لها لانها لاتفيد أن هذه المادة انما هى استدراك للمادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى التى قررت جواز استرداد المدفوع خطأ . لان الالتزام الطبيعي كما ذكرنا وكما قرره بوتييه هو التزام صحيح قانونا ولـكنه معطل

(١) spontané (٢) انظر مجلة Rev. trim. de Droit civil سنة ١٩٠٤ ص ٦٤٧
(٣) ج ٢ ص ٧٢ (٤) néanmoins

ويلاحظ أيضا في ارتباط المادة ١٤٧ / ٢٠٨ مدنى بالمادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى ان الثانية لا محل لها مع وجود الاولى لان استرداد المدفوع لا يكون الا اذا حصل الدفع عن غلط كما قررت ذلك المادة ١٣٧٧ مدنى فرنسى (وهى قاعدة عامة في نظرية استرداد المدفوع خطأ) أما اذا حصل الدفع والدافع [1] يعلم [2] بانه يدفع الى المدفوع اليه [3] ما لم يكن مكرها بالقانون على دفعه (كالدين الطبيعى مثلا) فان القانون يؤكد في هذه الحالة بمقتضى المادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى والمادة ١٢٣٥ فرنسى (من طريق الدليل العكسى [4]) ان لهذا الدفع سببا [5] معلوما لدى الدائن سواء كان هذا السبب هو خدمة أداها الدائن للمدين مهما كان نوع الخدمة مالية كانت أو غير مالية ، أم كان السبب مجرد التجاوز أى التبرع . واذا كان الامر كذلك فما كان الشارع في حاجة الى وضع المادة ١٤٧ / ٢٠٨ مدنى و١٣٧٧ فرنسى

ولكن يرد على هذه الملاحظة ان المادة ١٤٧ / ٢٠٨ مدنى التى أشارت الى الالتزام الطبيعى (كما أشارت اليه أيضا المادة ١٢٣٥ فقرة ٢ فرنسى) أرادت تقرير صحة الوفاء فى حالة الالتزام الطبيعى باعتبار أن الوفاء في هذه الحالة هو وفاء صحيح قانونى وان الموفي هو مدين بالمعنى القانونى وأن الموفي اليه هو دائن بالمعنى القانونى أيضا : وبناء على ذلك تفلت عملية الدفع هذه من شروط الهبة ورسميتها [6] أى ان المدفوع اليه [7] هو خلف بعوض [8] للدافع [9]

قلنا ان للالتزام الطبيعى سببا لدى المدين سواء كان هذا السبب خدمة أداها الدائن للمدين مالية كانت أو غير مالية ، أم كان السبب التجاوز أى التبرع ولكن نلاحظ في هذه الحالة الاخيرة أن التجاوز أى التبرع ليس غالبا في الالتزام الطبيعى بل هو النادر فيه جداً كالالتزام الطبيعى بتقديم « الدوط » لاولاد الاسرة . وربما لوحظ ذلك أيضا في الهبة بمقابل [10] نظير الخدمة التى أداها الدائن . لأن المدين في وفائه انما هو مسوق بنية التبرع [11] وفي ذلك يعتبر المدفوع اليه كوهوب اليه .

---

(١) solvens (٢) sciemment (٣) accipiens (٤) a contrario
(٥) cause (٦) كولين وكابتان ج ٢ ص ٧٢ (٧) accipiens (٨) ayant cause
(٩) solvens à titre onéreux (١٠) donation remunératoire (١١) animus donandi

ولكن مع هذا كله لا يعتبر هذا الدفع هبة بالمعنى الدقيق أى خاضعا لقيود الرسمية القانونية بل يعتبر التزاما ضميريا أو واجبا ضميريا يصح الوفاء فيه ولا يجوز استرداده

٢ — الوعد بالوفاء

هذا هو الأثر الثاني للالتزام الطبيعي وهو صحة الوعد بالوفاء أى اذا وعد بالوفاء في الالتزام الطبيعي أصبح الواعد ملتزماً به قانوناً أمام دائنه بطريقة قاطعة أى يصبح مديناً بدين مدنى [١] لان الوعد بالوفاء هذا يرجع في سببه الى الالتزام الطبيعي. فاذا وقع الالتزام الطبيعي صحيحاً من حيث شروط العقد المشروطة لكل عقد أو لم تشبه في الأصل شائبة ما من عيوب الرضاء أو مما يمس النظام العام صح الوعد [٢]. وقرر القضاء الفرنسى أكثر من مرة الأخذ بهذا الرأى واعتبار الالتزام الطبيعي سببا مشروعاً [٣] للوعد بالوفاء أى للالتزام المدنى. ولأجل أن يكون الالتزام المدنى الناشيء عن الالتزام الطبيعي صحيحاً ومنتجاً يجب أن تكون نية الملتزم صريحة بالالتزام أى أنه أراد الالتزام فعلا : أما اذا كانت عبارة الوعد بالوفاء لم تخرج عن كونها مجرد الاقرار بوجود الدين الطبيعي دون التعهد بالوفاء فلا يعتبر ذلك التزاماً بالوفاء. وقد فصل القضاء الفرنسى في هذه الحالة لمناسبة المفلس المتصالح مع دائنيه [٤] عند ما يتعهد لدائنيه بأنه يدفع لهم ديونهم كاملة عند تحسن أحواله وزوال عسره. وهنا كان القضاء يقضى تبعاً لظروف الدعوى إما باعتبار التعهد هذا مجرد اقرار بوجوب التزام طبيعي وإما أنه التزام بالمعنى الصحيح أى أراد المدين أن يلتزم مدنياً بدفع ديونه كاملة اذا عاد اليه اليسر وأن هذا التعهد كان شرطاً ضمنياً في تصالح المدين مع دائنيه [٥].

٣٨١ — في التعليل القانوني لصحة التعهد بالوفاء من الوجهة الشكلية

يقول بعض الشارحين بأن السبب في صحة التعهد بالوفاء هو لأن الالتزام الطبيعي استحال الى التزام مدنى بواسطة الاستبدال [٦]. ولكن يلاحظ على هذا الرأى أن القضاء لم يأتِ مطلقاً بعبارة تشير الى الاستبدال بل قرر بصحة الوعد باعتبار أن

(١) ١٧ يناير سنة ٩١٨، ٣٠، ١٦٢، ج ع ٣ص٣٥٩ ن ٣٧٤٠ (٢) دى هلس ج٣ص١١٥ن٧، — كولين وكابتان ج٢ص٧٣ (٣) cause licite (٤) failli con-cordataire (٥) concordat د ٩٠٢، ٢، ٤٧١. — س ٩٠٣، ٢، ٣٤ (٦) novation

الالتزام الطبيعي هو السبب المشروع للوعد كما رأينا . ويظهر أن رأى القضاء أصح قانوناً من رأى الفقه لانه من المفروض في الاستبدال حصول تغيير في الالتزام الاول بمعنى أن الالتزام الاول يزول ويحل محله التزام آخر يختلف عنه إما في الأشخاص [(١)] أو في موضوع الالتزام [(٢)] أو في صوره [(٣)] التي يظهر فيها . وقد رأينا هنا أن الوعد بالوفاء لم يحدث أى تغيير بأركان الالتزام الطبيعي وعلى ذلك فلا محل للقول بوجود استبدال . انما يقال بأن هناك تأييداً [(٤)] لالتزام سابق وما كان التأييد لعقد قابل للبطلان منشئاً لعقد جديد فوق انقاض العقد الأول .

٣٨٢ ـ هذا وهناك استثناء هام لما قررناه وذلك أن القضاء الفرنسى قرر بأن الكمبيالات المأخوذة على المدين باقراره بدين فى لعب أو فى مراهنة لا تمنع المدين الموقع عليها بأن يدفع دعوى الدائن المرفوعة عليه بالدفع الخاص باللعب والمراهنة [(٥)] ولكن لا يجوز له التمسك بهذا الدفع فيما اذا رفعت عليه الدعوى من حامل الكمبيالات اذا كان من الغير وسليم النية [(٦)] والسبب فى ذلك أن القانون لا يميل الى النزاع أمام القضاء فيما يتعلق بدين فى لعب أو مراهنة

٣) الالتزام الطبيعي والدفع الموضوعي الدائم

٣٨٣ ـ رأينا هذه النتائج القانونية للالتزام الطبيعي فى الوقت الحاضر . وأما ما عدا ذلك من النتائج الرومانية فانه لا يؤخذ بها الآن. اذاً لا يجوز الاخذ بالالتزام الطبيعي في حالة المقاصة مع التزام مدنى ، والا كان ذلك مدعاة الى جعل الالتزام الطبيعي فى مرتبة واحدة مع الالتزام المدنى من حيث أثر الالتزام أو الاثر الالزامى [(٧)]

ولكن ربما ترددنا بحق فى الاخذ بهذا المذهب القول به فقها وقضاء . ذلك لان هذه الحالة تتعلق بالقاعدة الرومانية القائلة « بأن الدعاوى مؤقتة وأما الدفوع فدائمة» [(٨)] ويراد بهذه القاعدة أن الدعاوى تسقط بمضى الزمن أى التقادم . وأما الدفوع فلا تسقط لانها أداة دفاع لصد هجمة المدعى . مثلا يلاحظ فى القانون التجارى أن دعوى

---

(١) personnes (٢) objet (٣) modalités (٤) confirmation
(٥) exception de jeu ou de pari (٦) د ٧٠٠١،٢٥٨ (٧) effet obligatoire
(٨) les actions يعني Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt excipiendum sont temporaires, 'es exceptions perpétuelles.

المرسل اليه بشأن تلف أو تأخير أو ضياع الطرد قبل أمين النقل تسقط بمضى ١٨٠ يوما أو بمضى سنة كاملة ، وأن دعوى أمين النقل قبل المرسل اليه لا تسقط بهذه المدة بل تسقط بالمدة المعتادة وهى ١٥ سنة . فاذا سقط حق المرسل اليه فى المطالبة بالتقادم وقام أمين النقل وطالبه بحقه هو قبله قبل التقادم الخاص به ، فهل يجوز للمرسل اليه دفع الدعوى بما كان له من الحق الذى سقط بالزمن ؟ أى هل يجوز له ، والدين بذمة أمين النقل قد أصبح دينا طبيعيا ، أن يدفع الدعوى بالمقاصة بين الدين الطبيعى المقرر له بذمة أمين النقل ، و بين الدين المدنى المقرر بذمتــه للامين ؟ أجاب الفقه التجارى بالايجاب ، وحجته العدالة ، والرجوع الى القاعدة الرومانية المذكورة [1] واذا تقررت هذه القاعدة تجاريا فليس هناك ما يمنع تقريرها مدنيا لان العدالة واحدة فى الاثنين

٤ — الالتزام الطبيعى والكفالة

٣٨٤ — ولا يصلح الالتزام الطبيعى لان يكون مكفو لا بكفالة ، ذلك لان الكفالة هى تعهد الكفيل بالوفاء بالدين عند عدم قيام المكفول به (المادة ٤٩٥/٦٠٤ مدنى و ٢٠١١ فرنسى) أي ان المكفول ملزم قانونا بالوفاء أصلا . وهــذا غير صحيح فى الالتزام الطبيعى لان المدين به ليس ملزما بالوفاء من طريق الاكراه القانونى بمعنى أن الكفالة لا تصح فى دين الا اذا كان هذا الدين صحيحا ونافذا [2] (المادة ٢٠١٢ مدنى فرنسى) فاذا كان الدين الاصلى صحيحاً وغير نافذ كالدين الطبيعى أو كان الدين غير صحيح بالمرة فلا تصح الكفالة . لكن المادة المصرية ٤٩٦/٦٠٥ مدنى تقول فى هذه الحالة فى مناظرتها المادة ٢٠١٢ الفرنسية ، بأن « الكفالة باطلة [3] اذا كان الدين المكفول به باطلا ... » وتعبير القانون الفرنسى أدق فى قوله « صحيحا [4] لانه يمكن به معرفة حكم الالتزام الطبيعى . اذ بهذا التعبير يدخل الدين الطبيعى تحت

---

(١) لاكور Lacour فى القانون التجارى الطبعة الثانية سنة ١٩٢١ ج ١ ص ٦٠٣ ن ١٠٤٩ وقال بالعدالة القضاء الفرنسى أولا : س ١٠٨١ ، ١ ، ٢٩٧ . وايده ابرى ورو ج ٢ الطبعة الخامسة ص ٥٢٩ . ثم قال القضاء الفرنسى بعكس ذلك اخيرا Gaz. Trib. سنة ٩٢٣ ، ٢ ، ٦١١ . و Gaz. Pal. سنة ٩٢٣ . ٢ . ٦٤٩ . ـ وايده هنا بودرى و تيسيه ن ٢ ٦١ . راجع فى ذلك كله مجلة Rev. trim. dr. civ. سنة ٩٣٤ ص ١٢٦

(٢) valable (٣) nul (٤) valable

حكم المادة الفرنسية باعتباره غير نافذ [1] ويصعب ادخاله تحت حكم المادة المصرية لانه لا يعتبر لاغيا [2] بل هو معطل النفاذ

. هذا وقد استدرجت كل من المادتين الفرنسية والمصرية حالة خاصة إستثنتها من القاعدة العامة المقررة فى صدرها . وهذه الحالة الخاصة هى جواز الكفالة عن دين باطل بسبب عدم أهلية المدين

ويظهر أن الشارع المصرى ذكر عبارة الدين الباطل فى صدر مادته حتى يجعله ملتئما مع عجزها الخاص بالدين الباطل بسبب عدم الاهلية وفاته انه بذلك يضحى معانى جمة فى سبيل الانسجام الشكلى

على أن النقاد الفرنسيين لاحظوا على المادة ٢٠١٢ فرنسى التناقض الظاهرى بين صدرها وعجزها . ذلك أن المادة هذه تقرر بصدرها ما يأتى : « لا يمكن تقدير الكفالة الا عن دين صحيح نافذ » ثم جاءت وقررت بالفقرة الثانية منها ما يأتى : « ومع ذلك تجوز الكفالة عن التزام يجوز الحكم بالغائه بسبب دفع شخصى محض خاص بالملتزم كما فى حالة عدم الاهلية مثلا » (وهذه الفقرة الثانية هى ما تؤديها العبارة الثانية للمادة المصرية اذ قالت : « ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين » فقال بعض شارحى القانون بشبهة التناقض بين هاتين الفقرتين اذ لم يلتفت الى أن التزام مفقود الاهلية ، طالما أن الالغاء لم يدفع به بمثابة دفع فى دعوى أو لم يطلب بشكل دعوى ـ هذا الالتزام ليس التزاما طبيعيا بل هو التزام مدنى . لأن التزام مفقود الاهلية التزام مدنى صحيح نافذ لامحالة الى أن يحكم ببطلانه . ولذا تجوز فيه الكفالة فى هذه الحالة . ولكن ينقلب هذا الالتزام المدنى الى التزام طبيعى بعد الحكم بالغائه بدفع موضوعى على أثر التمسك بالغائه أو في دعوى طلب فيها الالغاء ، وفي هذه الحالة الاخيرة فقط لا تصح الكفالة فيه باعتباره التزاما طبيعيا

وكل ما تقدم يرجع الى هذه القاعدة وهى أن الكفالة لا تصح الا عن دين تجوز المطالبة به ، كدين مفقود الاهلية أذ تجوز المطالبة به ولكن يدفع فيه بالبطلان

(1) valable (2) nul

بسبب عدم الاهلية . وأما الدين الذى لا تجوز المطالبة به كالدين الطبيعى فلا تصح فيه الكفالة

٣٨٥ — ولكن الا نلاحظ على ذلك بان كل دين تجوز المطالبة به ، أى رفع دعوى عنه ، حتى الدين الطبيعى ، وأن جميع الديون تشترك في حالة جواز رفع الدعوى ولكنها تختلف وتختلف فقط في حالة الادلاء بالدفع فيها ؟ بمعنى أن الدعوى فى كل جائزة والسكوت عن دفعها باحد الدفوع المختلفة جائز (والدفوع هى قوة الشىء المحكوم فيه واليمين الحاسمة وعدم الاهلية والالتزام الطبيعى) فاذا لم يدفع المدعى عليه بهذه الدفوع جاز الحكم بطلب المدعى ما دامت هذه الدفوع ليست متعلقة بانتظام العام حتى كان يقال بوجوب الدفع بها من قبل القاضى ومن تلقاء نفسه

لذا نرى الفارق الصحيح [١] المميز للالتزام الطبيعى عن الالتزام القابل للالغاء [٢] ليس فى أن الاول محروم من أداة المطالبة أى الدعوى [٣] وأن الثانى غير محروم منها ، أى ليس هو جواز المطالبة بدعوى ، بل هو فى غير ذلك . ولكن ما هو ؟ هذا هو محل البحث والنظر

يقولون إن الفارق ان الدين الطبيعى ليس مزوداً من قبل القانون بدعوى . وان الدين الباطل أو القابل للبطلان على خلاف ذلك لانه مزود من القانون بدعوى

ولكنا لا نرى فرقاً بين الدينين لا من الوجهة القانونية الغامية الحاضرة ولا من الوجهة العملية البحتة .

أما من الوجهة العلمية فان القوانين الحاضرة قضت على هذه القاعدة الرومانية القائلة بتعيين دعوى لكل حق . وأصبح الآن لكل ان يرفع دعوى . نعم وان وجدت الآن أسماء مختلفة للدعاوى كدعوى وضع اليد ودعوى الملكية مثلا واختلفت الدعاوى فى مناهجها ومصائرها القانونية ، فذلك يرجع الى تكييف الطلب الذى يطلبه المدعى . فاذا طلب وضع اليد رفع دعوى وضع اليد واذا طلب الملكية رفع دعوى الملكية . ويجوز الآن رفع دعوى التنكيل والكيد بالغير ولا حرج على رافعها من

(١) criterium (٢) nul أو annulable (٣) action

رفعها . ولا يملك قاضي التحضير عدم تقديمها للمحكمة الفاصلة كما كان يملك ذلك القاضي المنصب من الحكومة عند الرومان (البريتور) في الدور الاول للدعوى قبل تقرير احالة الدعوى على القاضي العرفي [١] الذي يفصل فيها في الدور الثاني لها وكما هو حاصل الآن على شكل خاص في انكلترا [٢]

٣٨٦ ـ حينئذ ما هو هذا الفارق بين الدين الطبيعي والدين الباطل ؟ ان قيل بأنه يرجع لاصل تكوين كل منهما باعتبار أن الاول ينمو ويكبر في جو الاخلاق والآداب ، أي أنه واجب أدبي ، وأن الثاني ينبت في منابت القانون المحض أي واجب قانوني ، رددنا على ذلك بأن القضاء الفرنسي ، والمصري أيضا ، قرر بأن الوعد أو الاقرار بالالتزام الطبيعي يجعله في الحال التزاما مدنيا . وأصبح الآن السند بالدين الطبيعي سنداً بدين مدني . وهل هناك فرق بعد ذلك بين سند مدني أصلي وسند مدني أصله التزام طبيعي ؟ أليس السندان سندين مدنيين نافذين بصرف النظر عن أصل أحدهما ، ألا نستطيع القول بأن الشبه كامل بين الاثنين باعتبار أن أصل السند المدني الحر مجرد مشروع لا يلزم طرفيه الا اذا أقرا به كتابة أو بغير كتابة ؟ وهو يشبه في تكوينه هذا بالسند المدني الذي كان أصله دينا طبيعيا ، ولم يصبح سنداً مدنيا الا بعد أن مر بدوره الاول وهو الدين الطبيعي ، وهو الدور الذي يشبه مشروع العقد قبل الاقرار به كتابة أو بغير كتابة ؟

واذا كان الفارق المميز ليس قائما لا من حيث المطالبة قضائيا ولا من حيث مبدأ تكوينه ، فأين يوجد حينئذ هذا الفارق ؟ الذي نقول به أن البحث في هذا الفارق ؟ يجب الرجوع فيه الى أصله الروماني البحت . واذا كان هذا الفارق معروفا عند الرومان لما كان جاريا عندهم من التفرقة بين الحر والعبد ، ثم من التوسع في الاخذ به في المجالات الاخرى العملية كحالة عديم الاهلية والقاصر الذي لم يبلغ الخامسة والعشرين ، قلنا ان كان ذلك معروفا عندهم لما اقتضته أنظمتهم الخاصة بهم فانه ليس من السهل مطلقا بل يكاد يكون من المستحيل الوقوف على هذا الفارق في الوقت الحاضر وقد اختلفت النظم وتبدلت الحال ولذا نقول بأن التفرقة لفظية كلامية ترجع الى تاريخ التشريع الروماني البحت

---

(١) Judex (٢) في حالة انكلترا راجع كتاب « جوسران Josserand » في نظرية الاعتساف في الحق

فى انقضاء الالتزامات

فى أسباب انقضاء الالتزامات

٣٨٧ — انقضاء الالتزام[١] حادث ينتهى به دين المدين ويعود الطرفان طليقين من القيود القانونية كما كانا قبل الالتزام

ونصت المادة ١٥٨/٢٢١ مدنى على أسباب الانقضاء اذ قالت : « تنقضى التعهدات بأحد الاوجه الآتية وهى الوفاء بالمتعهد به وفسخ عقد التعهد وابراء المتعهد مما تعهد به واستبدال التعهد بغيره والمقاصة واتحاد الذمة ومضى الزمن » وهذه الاوجه سبعة وذكرت المادة ١٢٣٤ فرنسى تسعة أوجه بان زادت على السبعة وجهين وهما فقد الشيء أى فقد موضوع الالتزام والالغاء أى الغاء الالتزام . ويرى بعض الشارحين أن أوجه الانقضاء سبعة أى باستبعاد الالغاء[٢] والفسخ[٣] لأنه لا ينقضى[٤] الالتزام بهما فى الحقيقة بل هما يقضيان على الآثار التى ترتبت على العقد أى يمحوان من طريق الأثر الرجعى جميع نتائج العقد المترتبة عن وجوده أولاً

على أنه توجد هناك أوجه أخرى لانقضاء الالتزام : منها ما يلاحظ فى العقود المتتابعة[٥] مثل عقد الايجار ، وهى العقود التى تنشأ عنها التزامات يتبع بعضها البعض مدة زمن معين ، اذ تنقضى بحلول الزمن المتفق عليه بين المتعاقدين . ومنها أحوال يرجع فى الانقضاء فيها الى موت أحد المتعاقدين كموت الصانع الموثوق بشخصيته فى عقد اجارة الاشخاص وكموت الدائن فى المرتب الحيوى . وينقضى الالتزام أيضا بتبادل ارادة العاقدين[٦] اذا اتفقا على فسخ العقد[٧] أو بارادة أحدهما كما يحصل فى عقد الشركة التى لم يتعين فيها وقت لانقضائها . وفى عقد الوكالة وفى عقد اجارة الاشخاص اذا لم يتعين زمن فيه[٨]

---

(١) extinction (٢) nullité ou rescision (٣) résolution (٤) éteindre
(٥) contrats successifs (٦) consentement mutuel (mutuus dissensus)
(٧) résiliation (٨) انظر المواد ٥٤٢/٤٤٥ مدنى و ١٨٦٩ فرنسى فيما يتعلق بالشركات. و ٥٢٩/٦٥٠ مدنى و ٢٠٠٣ فرنسى فيما يتعلق بالوكالة . و ٤٠٤/٤٩٢ مدنى و ١٧٨٠ فرنسى الخاصة باجارة الاشخاص

والآن نتكلم على أسباب انقضاء الالتزامات ماعدا الفسخ اذ سبق لنا القول فيه عند ما تكلمنا على نتائج العقود التبادلية

١) فى الوفاء

٣٨٨ — يراد بالوفاء[1] ما يقوم به المدين ازاء مدينه فى تنفيذ ما اشتغلت به ذمته سواء كان هذا الالتزام عن تسليم شىء أم دفع مبلغ أم اجراء عمل ام الامتناع عن عمل

والوفاء فى ذاته عمل قانونى (بصرف النظر عن القيام المادى باداء الدين وهى العملية المادية فى تسليم الشىء) لا بد فيه من ارادة الدافع[2] وارادة المدفوع اليه[3] أى المستلم لان الاول يدفع بارادته والثانى يرضى بالوفاء و يبرىء ذمة مدينه من التزامه

والوفاء على نوعين : وفاء بسيط ووفاء مع الحلول

١ — فى الوفاء البسيط

٣٨٩ — يراد بالوفاء البسيط[4] الوفاء الحاصل من المدين للدائن مباشرة دون تقييد خارجى . والسبب فى الوفاء الالتزام السابق أى السبب فى الانقضاء هو الالتزام . ولذا قررت المادة ١٢٣٥ فقرة أولى فرنسى : « كل وفاء يفيد وجود دين . » فاذا دفع الدافع شيئاً ظاناً خطأ بانه مدين جاز له استرداد ما وفى به وهو ما قررته المادة ١٢٣٥ فرنسى المذكورة فى الفقرة ٢ : « وما دفع بلا التزام يجوز استرداده » ووجب على من استلم أن يرده (المادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى) . وشرط الاسترداد أن يكون الدفع من طريق الغلط بمعنى انه اذا كان الدافع يعلم بأنه يدفع ديناً ليس ملزما به فليس له حق الاسترداد لانه يعتبر اما متبرعا أو دافعا بالانابة عن الغير . واذا دفع ديناً طبيعياً فلا يجوز له الاسترداد

والآن نتكلم على شروط الوفاء من حيث الدافع و المستلم والمدفوع وتاريخ ومكان و تكاليف الدفع

---

(١) pàiement كما ذكر القانون الفرنسى أو exécution كما قال القانون المصرى
(٢) solvens (٣) accipiens (٤) pur et simple

١ — فيمن يدفع الدين

٣٩٠ — يحصل الوفاء إما من المدين نفسه أو من الغير.

١ — في الوفاء الحاصل من المدين نفسه : جرت العادة أن المدين نفسه هو الذي يوفي بدينه أو أحد المدينين الملتزمين معه. واذا كان الالتزام خاصاً بتسليم شيء[١] أي نقل ملكية هذا الشيء (المادة ٩١ / ١٤٥ مدني) أو نقل حق عيني آخر مقرر على هذا الشيء (٩٢ / ١٤٦ مدني) فلا يعتبر الدفع صحيحاً الا اذا توافرت الشروط الآتية : أن يكون الدافع مالكا وأهلا للتصرف

أولا : أما كون الدافع مالكا فانه شرط لابد منه لان المدين لا يملك دائنه مالا يملكه هو. والوفاء بشيء غير مملوك للمدين وفاء غير صحيح ولكل من الدائن والمدين حق طلب الغاء هذا الوفاء

١) — فللدائن طلب الغاء الوفاء لان الوفاء بالنسبة له غير صحيح وله حق المطالبة بتعويض. وله طلب الغاء الوفاء حتى لو كان الشيء المسلم اليه منقولا وكان حسن النية، أي كان في مأمن من مطالبة الغير له باسترداد الشيء، اعتماداً على قاعدة «حيازة المنقول سند الملكية»[٢] وكذلك الحال فيما اذا كان الشيء المسلم اليه عقاراً ومضت على وضع يده المدة المكسبة للحقوق العينية. وكل ذلك يرجع الى أن واضع اليد على منقول أو عقار هو بالخيار ان شاء التمسك بحسن النية في المنقول أو المدة المكسبة في العقار، وان شاء لا يتمسك. وليس للدافع[٣] الحق في اكراه الدائن على التمسك بهذا الحق فيما اذا رأى الدائن أن ضميره لا يرتاح الى مثل هذا الطلب

٢ — وللمدين أيضا حق طلب ابطال الدفع وهذا هو المستفاد من المادة ١٢٣٨ فقرة ٢ فرنسي. لانه يحصل أن يكون للدافع مصلحة في أن يرد الشيء الى مالكه الحقيقي[٤] تفاديا من الحكم عليه بتعويض جسيم. ولا يمكن الاعتراض على هذا الرأي بأن من سعى في نقض ماتم على يديه فسعيه مردود عليه. كذلك لا يمكن

---

(١) donner (٢) المواد ٦٠٧ / ٧٣٣ مدني و ٦٠٨/٧٣٤ مدني و ٢٢٧٩ فرنسي
(٣) solvens (٤) verus dominus

الاعتراض بهذه القاعدة الاخرى القائلة « من وجب الضمان عليه فليس له حق نزع الشيء »[١] كل ذلك لان المدين سيدفع لدائنه بديلا عما يسترده الآن ولا يوجد لدي الدائن سبب معقول وقانوني فى رفض تسليم هذا الشيء الى المدين أما اذا وجد هـذا السبب فله حق الرفض كما يحصل فيما اذا كان الدين مبلغا من النقود واستلمه واستهلكه بحسن النية [٢]

هذا هو ماتقضى به المادة ١٢٣٨ مدنى فرنسى والتى لا شبيه لها بالقانون المصرى ونصها ما يأتى: « لاجل أن يكون الوفاء صحيحا يجب أن يكون الموفى مالكا للشيء الموفى به وأن يكون أهلا للوفاء . وعلى ذلك اذا كان الموفى به مبلغا من النقود أو أى شيء آخر يستهلك بمجرد استعماله فانه لا يجوز استرداده من الدائن الذى يكون قد استهلكه بحسن نية ولو كان الوفاء قد حصل ممن لم يكن مالكا للشيء الموفى به أو ممن لم يكن أهلا للتصرف » وكل ما قاله القانون المصرى بالمادة ١٦٥/٢٢٨ مدنى أنه : « يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين أهلا للتصرف والدائن أهلا للقبول . » فقال بالاهلية فى الوفاء من قبل المدين وبالاهلية فى القبول من جهة الدائن ولم يذكر شيئا عن شرط الملكية عند المدين وعن الفقرة الثانية الخاصة بالدين اذا كان مبلغا من النقود

والذى نقول به انه رغم عدم وجود نص صريح بذلك فانه يجب الاخذ به من طريق العدالة [٣] والمدين المسترد اما أن يكون وقت الوفاء قد وفى خطأ أو وفى وهو يعلم بأن الشيء ليس ملكا له . فاذا كان الاول فهناك محل لاصلاح خطئه ولا يكون ذلك الا بالاسترداد . وان كان الثانى فانه لا يوجد بالقانون مايحول دون المدين فى طلب استرداد ما دفعه من غير الطريق المشروع [٤] وليس للدائن أن يشكو فى هذه الحالة لان هذا الشيء لم يكن جزءاً من مال المدين الذى يملك الدائن عليه حق الضمان العام

وعلى ذلك اذا جاء المسترد للمنقول أو المستحق للعقار ورفع دعوى الاسترداد أو الاستحقاق ودفعها الدائن بقاعدة « حيازة المنقول سند الملكية » أو يدفع التقادم

---

(١) qui doit la garantie ne peut pas évincer (٢) كابان ص ٧٧٠ ـ بلانيول ص ١٣٩ ن ٤٠٤ـ٤٠٦ (٣) équité دى هاس ج٢ ص٩٥٠ ن١٤ (٤) acte illégal

وا كتساب الحق العيني بمضي المدة الطويلة فان للمدين حق استرداد المنقول او العقار من الدائن طبقا للمادة ١٢٣٨ فقرة ثانية كما قررنا

ويجب ملاحظة أن الاسترداد جائز للمالك للمنقول سواء كان مبلغا من المال أم شيئاً يستهلك بمجرد الاستعمال فى حالتين : أولا . اذا كان المبلغ أو الشيء موجوداً تحت يد الدائن . ثانياً اذا استهلكه الدائن وكان سيئ النية عند الاستهلاك أى يعلم بأن الشيء غير مملوك للمدين [1] أو أنه مسروق [2]

ثانيا أنه يكون الدافع أهلا للوفاء هذا هو الشرط الثاني لصحة الوفاء بعد الشرط الاول القاضى بضرورة ملكية المدين للشيء الموفى به (المادة ١٦ / ١٢٨ مدنى ١٢٣٨ ف ١ فرنسى) ولا يستفيد من عدم الاهلية الا المدين فقط . وليس للمستلم [3] أن يطلب الغاء الوفاء بسبب عدم أهلية الدافع . ويبطل حق الالغاء لدى المدين عديم الاهلية فى الوفاء فى حالة ما اذا كان الشيء الموفى به مبلغا من المال أو شيئا يستهلك بمجرد الاستعمال (المادة ١٢٣٨ ف ٢ فرنسى) [4]

وهنا يصح التساؤل ما هى الفائدة التى تعود على المدين مفقود الاهلية فى طلب الغاء الوفاء مع أن للدائن دائما أبداً حق طلب دينه ممن له حق الولاية عليه سواء كانت الولاية شرعية أم قضائية أم مختارة ؟ تظهر الفائدة فيما يأتى :١) فيما اذا كان مفقود الاهلية قد دفع مبلغا من المال قبل حلول أجل الدفع . اذ يصح له فى هذه الحالة الاستفادة من ذلك المبلغ بطريق استغلاله بالفوائد وغيرها حتى يوم الوفاء .ـ٢) اذا وفى المدين بشيء مثلى [5] ذي قيمة عالية. فانه اذا استرده جاز له احلاله أى ابداله بشيء آخر أقل منه أي ذى قيمة متوسطة (المادة ١٢٤٦ فرنسى) : اذ المدين ليس ملزما بأن يوفى بأحسن ما يمكن والدائن لا يكلف القبول بأردأ ما يمكن

٣) اذا كان مدينا بالتزام بدلى [6] وكان له حق الاختيار فى الوفاء بأحد الشيئين اذ ربما تنشأ له فائدة من وراء الوفاء بالشيء الآخر

(١) دى هلس ج٢ص٦ن١٧ (٢) ن ١٨ من الكتاب نفسه (٣) accipiens
(٤) كابتان ص٧٧ـ بلانيول ص١٣٩ ن٤٠٧ و ٤٠٨ (٥) in genere (٦) obligation alternative

وقد لاحظ « دى هلس » على المادة ١٦٥/٢٢٨ مدنى أنها صيغت فى قالب معيب وأنها أطلقت التعبير فى تعميم مبدأ اشتراط الأهلية فى الوفاء (ج ٢ ص ٦٢ ن ٢٣) . ذلك لأنه من المقرر فى الالتزامات التعاقدية أن التزام أحد العاقدين بتسليم الشيء الى العاقد الآخر ينقل اليه الملكية فى الحال بمجرد حصول الرضاء من الطرفين اذا كان الشيء معيناً (المادة ٩١/١٤٥ مدنى) وعند ما يوفى الملتزم بالوفاء فانه ينفذ ما التزم به . أما الملكية فقد انتقلت من قبل وينتج من ذلك انه يجب وقت التعاقد توافر شرط الاهلية فى التصرف ولكن لا يشترط ذلك عند الوفاء بما سبق للمدين أن التزم به وهو متمتع بأهلية التصرف . فاذا باع شخص شيئاً وهو من أهل التصرف ثم حجر عليه لاى سبب قبل تسليم الشيء الى المشترى جاز مع قيام هذا الحجر أن يسلم الشيء ويكون التسليم هذا وفاء صحيحا من الوجهة القانونية [1] ولكن الامر على خلاف ذلك اذا كان الوفاء مقصوراً على نقل الملكية فقط . ويحصل ذلك فى حالتين . أولا اذا حصل الوفاء بشيء مقابل لما حصل التعاقد عليه [2] فى هذه الحالة لا تنتقل الملكية الى الدائن الا وقت الوفاء أى وقت التسليم . أى ان الملكية والوفاء يحصلان فى وقت واحد . ثانيا . اذا كان الوفاء خاصا بأشياء قيمية فى هذه الحالة أيضا لا تنتقل الملكية الا بتعيين الشيء تعيينا نافيا للجهالة . وهذا التعيين يحصل عند التسليم أى الوفاء [3] . وفى غير هاتين الحالتين واذا كان الشيء محل العقد معينا ومن الواجب اداؤه فلا يمنع زوال أهلية التصرف من صحة الوفاء . فاذا وفى المدين الذى لم يكن أهلا للتصرف ما عليه من الدين المعين والمحقق اعتبر وفاؤه صحيحا وانقضى التزامه به . وصحة الوفاء وانقضاء الالتزام موقوفان فى هذه الحالة الاخيرة على انتفاء الضرر لدى المدين مفقود الاهلية فاذا ظهر بأن هناك ضرراً لاحقا به من هذا الوفاء جاز ابطاله كما اذا دفع المدين مفقود الاهلية دينا الى دائنه المعسر مع انه كان يداينه هو الآخر بدين وكان فى استطاعته الاستعانة بالمقاصة . أو انه دفع دينه بعد أن اقترضه بفوائد مع ان الدين لم يحل أجله بعد . وفى هذه الاحوال التى يظهر

(١) دى هلس ج ٢ ص ٦٢ ن ٢٤ (٢) dation en paiement (٣) دى هلس ج ٢ ص ٦٣ ن ٢٥

فيها الضرر محدقاً بالمدين مفقود الاهلية يجوز لمن له الولاية عليه من ولاية شرعية أو وصاية أو قوامة ، حق رفع دعوى الاسترداد للمطالبة برد ما دفع

٣٩١ — ٢) فى الوفاء الحاصل من الغير : كما يحصل الوفاء من المدين نفسه فانه يجوز أن يحصل من الغير أيضا . وفى ذلك قررت المادة ١٦٠ / ٢٢٣ مدنى ما يأتى : « اذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من النقود فيجوز وفاؤه من شخص أجنبى ولو على غير رغبة الدائن أو المدين » واذا كان الوفاء جائزاً من الاجنبى عن التعاقد فانه جائز من باب أولى اذا حصل ممن له مصلحة فى الوفاء كالكفيل وشريك المدين فى الدين (المادة ١٢٣٦ مدنى فرنسى) والحائز للعقار المرهون وفاء للدين . والاجنبى فى دفعه للدين اما انه متبرع واما انه يفى بالدين نظير الرجوع بما دفعه على المدين (المادة ١٦١/٢٢٤ مدنى) وعلى كل حال ليس للدائن حق الامتناع عن قبول الوفاء من أى شخص الا اذا كان للوفاء اعتبار شخصى يرجع لشخص المدين (المادة ١٥٩/٢٢٢ مدنى و١٢٣٧ فرنسى) كما اذا اتفق شخص مع ممثل مشهور على تمثيل دور فى رواية . واما اذا حصل الوفاء من غير شخص الممثل المتفق عليه فلا يعتبر الوفاء وفاء قانونيا مبرئا للذمة

وقد يدفع الغير الدين برغم ارادة المدين . وله مع ذلك الرجوع عليه ويجوز دفع الرجوع عنه اذا بين المدين ظروفاً خاصة كانت تدعوه الى عدم الوفاء كأن يكون قد سقط الدين بمضى المدة أو حصلت مقاصة فانقضى الدين بها أو غير ذلك . وفى هذه الحالة يعتبر الغير مجازفا (المادة ١٦٢ / ٢٢٦ مدنى)

٣٩٢ — هـذا ويجب ملاحظة ضرورة التفريق بين جواز الوفاء من الغير برغم ارادة المدين والدائن ، الامر المقرر بالمادة ١٦١ / ٢٢٤ مدنى ، وبين حالة تحويل الدين الى الغير بمعرفة الدائن ، أى تقاضيه دينه من هـذا الغير مقابل تحويل السند اليه حتى يتسنى له مطالبة المدين بقيمة السند فيما بعد ، وهى الحالة المقررة بالمادة ٣٤٩/ ٤٣٦ مدنى و١٦٩٠ فرنسى . فبينما الوفاء بالدين من قبل الغير يصح رغم ارادة المدين كما هو منطوق المادة ١٦١ / ٢٢٤ مدنى فاذا الوفاء لا يصح من قبل الغير الى الدائن فى حالة المادة ٣٤٩ / ٤٣٦ مدنى الا برضاء المدين نفسه سواء كان الرضاء منوها عنه

بسند الاستدانة أو مأخوذاً به سند خاص على حدة : لان فى الوفاء مع التحويل شراء للدين لا بد فيه من رضاء المدين . وأما الوفاء بلا تحويل ففيه تطوع من الغير بالوفاء نظير الرجوع بما دفعه . والمسئلة دقيقة تحتاج لانعام النظر لان هناك نتائج مختلفة فى الحالتين لاختلاف طبيعة كل حالة وكيانها القانونى أى طبيعتها القانونية . ومن أكبر الفروق بين الحالتين فوق ما بيناه انه فى حالة التحويل أى حالة بيع السند يجوز للمدين أن يدفع للمحول اليه قيمة المبلغ الذى دفعه هذا الاخير حقيقة للدائن فى حالة ما اذا اشترى المحول اليه من الدائن مجرد الادعاء بدين [1] أو مجرد الادعاء بحق معنوى [2] ، أو فى حالة ما اذا رفع المحول اليه دعوى على المدين يطالبه فيها بجملة الدين المبين فى السند لا بما دفعه فى الواقع (المادة ٣٥٤ / ٤٤٢ مدنى و ١٦٩٤ فرنسى)

هذا ولاجل التفرقة بين الحالتين من الوجهة العملية يجب الرجوع الى نية الدافع فاذا كان مضاربا اعتبر مشتريا . واذا كان لا يرمى بالدفع الى كسب يصيبه ، بل يريد قضاء مصلحة للمدين اعتبر متطوعاً بالدفع . وفى الحالة الاولى تسرى المادة ١٦١ مدنى ، وفى الثانية تسرى المادة ٣٤٩ مدنى [3]

هذا ونلاحظ على المادة ١٦٠ / ٢٢٣ مدنى أن النسخة العربية تقول : « اذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من النقود . [4] »

ولاجل تفهم غرضه الصحيح يجب ربط هذه المادة بالمادة الواردة قبلها ١٥٩ / ٢٢٢ وبالمادة الواردة بعدها ١٦١ / ٢٢٤ . اذ تقول أولى الثلاث بانه لا يصح الوفاء الا اذا كان حاصلا من المدين نفسه اذا كان لشخصه علاقة بالوفاء . أى أن الوفاء يصح من الغير اذا كان خارجاً عن التزام شخصى ملاحظ فيه شخصية المدين كالمصور فلان والممثل فلان فاذا انتفت شخصية المدين جاز الوفاء وصح من قبل الغير مهما كان نوع الالتزام سواء كان التزاما بمبلغ من النقود أو التزاما بتسليم شىء معين أو شىء مثلى كالحبوب

(1) ses prétentions à une créance (2) droit incorporel (3) استئناف ١٢ ابريل سنة ٩٢١ م ر ١ ، ٢٢ ص ٢٢٤ عدد ١٣٨ . ـ كلى سنة ٩١٩م ر ١ ، ٢٠ عدد ١٠٥ . ـ ٢٦ مايو سنة ٩١٥م تق ، ٢٧ ، ٣٥٩ (4) ورد بالنسخة الفرنسية « lorsque l'exécution consiste dans un payement » فأخرج المترجم كلة payement الى مبلغ من النقود . وليس ذلك هو غرض الشارع

أو القطن من نوع معين . وفى هذه الحالة اذا وقع الوفاء من الغير فانه يقع صحيحا وهذا هو المستفاد من ثانية الثلاث . بدليل أن ثالثتهما أجازت الرجوع بما استفاده المدين بسبب الوفاء[١] و بقدر ماصرفه الدافع[٢]

وعلى ذلك تكون كلمة الوفاء[٣] الواردة بالمادة ١٦١ / ٢٢٣ بالنص الفرنسى ، وعبارة مبلغ من النقود الوارد بالنص العربى لا تؤديان الغرض الذى يريده الشارع . وكان يجب أن تصاغ المادة بطريقة تتجانس فيها مع المادة ١٥٩ / ٢٢٢ كأن تصاغ كما يأتى : « وفى غير الأحوال التى يكون فيها للوفاء اعتبار شخصى فانه يجوز للغير الوفاء بالدين رغم إرادة الدائن والمدين» والمراد بكلمة الوفاء هنا[٤] قيام المدين بتنفيذ ما التزم به سواء كان دينه مبلغاً من النقود ، أو القيام بعمل[٥] .

ب — فى المدفوع اليه أو الموفى اليه

٣٩٣ — لابد لصحة الوفاء بالنسبة للمدفوع اليه من شرطين :

١) **أنه يكون الوفاء الى الدائن او الى نائبه:** يصح الوفاء إما الى الدائن نفسه أو الى نائبه[٦] (المادة ١٦٧ / ٢٣٠ مدنى و١٢٤١ فرنسى) سواء كان النائب نائباً شرعياً أو قضائياً أو مختاراً[٧] . ويصح الوفاء أيضاً الى الحاجز فيما اذا توقع حجز تحت يد المدين وكان دائنه مديناً لدائن آخر فيصح الدفع الى ذلك الدائن الآخر الذى أوقع الحجز (المادة ١٢٤٢ فرنسى) متى تأيد الحجز بحكم قضائى أوكان تنفيذياً من أول الأمر كما يجوز ذلك فى القانون المصرى . وبوجه عام يصح الوفاء اذا حصل الى الدائن نفسه أو الى من يحل محله .

واذا حصل الوفاء خطأ الى غير شخص الدائن فلا يصح الوفاء ولا يعتبر مبرئاً لذمة المدين . انما يجوز لمن دفع الرجوع الى المدفوع اليه[٨] بما دفعه استناداً الى نظرية استرداد المدفوع بلا حق[٩]

---

(١) profit (٢) remboursés (٣) payement (٤) paiement
(٥) بلانيول ص ١٣٧ ن ٤٠٠ (٦) représentant (٧) بلانيول ص ١٤٠ — ١٤١ ن ٤١٣ (٨) accipiens (٩) د : ٩١٠ ، ١ ، ٣٧٢ ، — س ، ٩٠٩ ، ١ ، ٥٤٩

واذا كان الاصل كما قلنا عدم صحة الوفاء الى غير الدائن فانه مع ذلك توجد استثناءات لهذه القاعدة يصح فيها الوفاء ولو أنه حاصل الى غير الدائن . وهذه الاستثناءات هي :

١ ـ فيما اذا صادق الدائن الحقيقي على الوفاء (المادة ١٢٣٩ فرنسي) وهو حكم عام

٢ ـ فيما اذا استفاد الدائن من الوفاء (المادة ١٢٣٩ فرنسي) وهو حكم عام أيضا . وذلك فيما اذا دفع المدين لدائن دائنه من قبل توقيع الحجز منه تحت يد المدين أو قبل تثبيت الحجز المتوقع تحت يده

٣ ـ اذا حصل الوفاء بحسن نية من المدين الى شخص حائز لسند الدين . وفي ذلك تقول المادة ١٦٧ / ٢٣٠ مدني ما يأتي : « يجب أن يكون الوفاء للدائن أو لوكيله في ذلك أو لمن له الحق في الشيء المتعهد به »[1] وبالمعنى نفسه المادة ١٢٤٠ مدني فرنسي . والحائز لسند الدين هو ذلك الذي يظهر أمام الناس بأنه الدائن ويعتقدون فيه بحق بأنه كذلك كالوارث الظاهر[2] كما اذا مات الدائن الحقيقي ثم جاء شخص وقال بأنه وارث له ووضع يده على أملاك المتوفى[3] وأخذ يعامل الناس جميعاً ويعاملونه كذلك على هذا الاعتبار[4] ومن قبيل حالة الوارث الظاهر ما اذا دفع مبلغ الكمبيالة بحسن نية الى يد حاملها عند ميعاد الوفاء مع أنه ليس هو الدائن الحقيقي (المادة ١٤٤ / ١٥١ تجاري و ١٤٥ فرنسي)[5]

٣٩٤ — ٢) أهلية المدفوع اليه : وهذا هو الشرط الثاني لصحة الوفاء الى المدفوع اليه وهو أن يكون أهلا للاستلام (المادة ١٥٦ ، ٢٢٨ مدني) فاذا كان المدفوع اليه غير أهل للاستلام بطل الوفاء وأصبح غير منتج في براءة ذمة المدين ووجب على هذا الاخير وفاء آخر الا اذا أثبت أن الدائن استفاد فعلا من هذا الوفاء (المادة

---

(١) possesseur du droit à l'obligation (٢) héritier apparent (٣) de cujus

(٤) فتحي باشا زغلول ص ١٨٢ . ـ دمج ج ١ ص ٤٥٢ـ٤٦٦ ن ٢٧٦ـ٢٨٥ وشرحه للقاعدة المشهورة في أن الخطأ الشائع يصبح سبباً لتكوين الحق error communis facit jus أي l'erreur commune fait droit

(٥) ومن قبيل ذلك ما اذا دفعت الحكومه لشخص ديناً وادعى هذا الشخص بانه الوصي للدائن وأن محجوره غائب واثبت وصايته بشهادة صادرة من السلطة القنصلية وكان مع الوصي الصورة التنفيذية . فاذا حصل الوفاء بهذه الظروف اعتبر صحيحاً : استئناف م ١٧ ابريل سنة ٩١٢ م تق ، ٢٤ ، ٢٣

١٢٤١ فرنسى) [1] وهو حكم علم . والاهلية فى الاستلام عند الوفاء هى نفس الاهلية اللازمة للتصرف ، ذلك لان فى استلام الدين وقت الوفاء انقضاء للدين ومعلوم أن انقضاء الدين يعتبر فى ذاته مظهراً من مظاهر التصرف

هذا ويلاحظ هنا أن المادة ١٢٤١ فرنسى حظرت الدفع الى مفقود الاهلية . واعتبرت الوفاء غير صحيح فى هذه الحالة الا اذا استفاد المدين من الوفاء أى أن القاعدة العامة عدم صحة الوفاء . فاذا رفعت الدعوى من النائب شرعا عن الدائن مفقود الاهلية فليس للمدين دفع الدعوى الا بهذا الدفع فقط وهو اقامة الدليل على انتفاع الدائن من الوفاء كأن يكون اشترى عقاراً بالمبلغ مثلا . وفى غير ذلك لا يجوز له دفع الدعوى . أى لا يشترط فى صحة الدعوى اقامة الدليل على حصول ضرر أى غبن للدائن بل يجب قبولها كما هى [2] وقد لوحظ على هذه القاعدة شذوذها عن القواعد العامة المتعلقة بالغاء الاعمال القانونية وأنها أخذت عن بوتييه . ولوحظ فى سبب مشروعيتها أنه من المجازفة الوفاء الى مفقود الاهلية

٣٩٥ — ولكن القانون المصرى قرر فى المادة ١٦٦/٢٢٩ مدنى عكس ما قررته المادة ١٢٤١ فرنسى وذهب الشارع المصرى فى غير الطريق الذى ذهب فيه بوتييه والشارع الفرنسى اذ قرر صحة الوفاء الى المدين مفقود الاهلية اذا ثبت عدم حصول ضرر له وقد ذكرنا أمثلة لذلك عند ما تكلمنا على أهلية الدافع . واشتراط الضرر هنا أمر لا بد منه وهو مطابق للقاعدة العامة المتعلقة بالغاء الاعمال القانونية . لذلك اذا رفعت الدعوى من مفقود الاهلية وطلب الوفاء من جديد واعتبار الوفاء الاول غير صحيح جاز دفع الدعوى إما بثبات المنفعة التى عادت على الدائن من الوفاء الاول ، واما اثبات عدم حصول ضرر ما للدائن. وحكم المادة ١٦٦/٢٢٩ مدنى المصرية هذه حكم يتفق مع المبادئ القانونية الصحيحة بخلاف حكم المادة ١٢٤١ فرنسى . (ولكن بالتدقيق فى مقارنة المادتين ١٢٤١ الفرنسية و١٦٦ المصريه ربما

---

(١) بلانيول ص ١٤٠ ن ٤١٢ . — كابتان ص ٧٩ (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٧٩ و ج ١ ص ٥٦٣

يتفقان فى النهاية فى معنى واحد ، وهو استفادة مفقود الاهلية لأنه ربما لا يثبت انتفاء الضرر الا من طريق اثبات الاستفادة)

ففى شرط الاهلية فى الاستلام قد روعيت مصلحة الدائن لا المدين فليس للمدين حينئذ الاستناد اليها في طلب الغاء الوفاء من قبله وهنا تنطبق القاعدة المعروفة وهى من سعى فى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه . هذا ويلاحظ أنه من واجب المدين أن يتحقق من أهلية دائنه للاستلام

ـ — في المدفوع أو الموفى به

٣٩٦ — يجب على المدين أن يفى بنفس ما تعهد به بالذات (المادة ١١٤٣ فرنسى) وأن يدفع كل الدين لا جزءاً منه (المادة ١٢٤٤ فرنسى) أى لا بد لصحة الوفاء من حيث المدفوع من شرطين

الشرط الاول : يجب على المدين أن يوفى بنفس وذات ما تعهد به . وليس الدائن ملزما بان يستلم شيئا غير ما حصل عليه التعاقد حتى ولو كان الشىء الموفى به اكبر قيمة من الشىء الذى حصل عليه التعاقد

١ — فاذا كان الدين مبلغا من المال وجب على المدين أن يدفع الدين عملة أو أوراقا ذات قيمة معترف بها قانونا ، أما النقود الصغيرة [١] أى النقود المسكوكة من الفضة والنحاس والنيكل فانها لا تستعمل الا من طريق تكلة الدفع [٢] لان قيمتها الاسمية [٣] أكبر من قيمتها الحقيقية [٤]

هذا والاوراق المالية المعترف بها قانونا فى مصر هى أوراق البنك الاهلى كالورقة ذات مائة الجنيه والخمسين جنيها وهكذا

٢٩٧ — فى عملة الوفاء : واذا كان الدين بالفرنك مثلا فهل يدفع بسعر الفرنك الاصلى أي بسعر الفرنك من الذهب ، أم يدفع على حسب قيمة القطع أو (الكامبيو [٥]) التى تتغير من وقت لآخر باعتبار القطع مظهراً من المظاهر الاقتصادية

---

(١) monnaie de billon (٢) appoint (٣) valeur nominale
(٤) valeur intrinsèque (٥) change

يتأثر هو الآخر بالمؤثرات الاقتصادية بنظرية العرض والطلب أو بالنظريات الأخرى المعروفة في التجارة الداخلية والخارجية ؟ أثارت الحرب كامن هذه النظرية ففاض فيها القضاء بأحكام رجع فيها الى القواعد العامة والى الغرض الذى أراده العاقدان من نوع عملة الوفاء . فقضى بالفرنك من الذهب في الأحوال الآتية : الدائن حتى ولو غير هذا الاخير محل اقامته[1] وفى دفع رسوم المرور من قناة السويس[2] وفيما اذا اتفق العاقدان على الوفاء بالفرنك أو من تعيين قيمته لانه يجب الرجوع الى قيمته هنا كما تقررت له بالامر العالى[3] الصادر فى ٢٧ ذى الحجة سنة ١٢٥١ هـ والمؤيد بدكريتو ١٤ نوفمبر سنة ٨٥ وبقرار وزارة المالية فى ١٦ أكتوبر سنة ٩١٦[4] وفيما اذا تقرر بعقد التأمين بان التعويض النهائى يدفع لصاحبه بالفرنك بمحل وجود الشركة وكان المؤمن يدفع سنة ٩١٩ بسعر الفرنك من الذهب[5] هذا ويظهر أن من شأن تعيين مكان الوفاء أن تتعين العملة التى يحصل بها الوفاء الا اذا حصل الاتفاق على خلاف ذلك[6]

والذى نراه فى كل ذلك هو ضرورة الرجوع الى المادة ٤٧٤ / ٥٧٧ مدنى و١٨٩٥ فرنسى[7] والمادة ١٢٣ / ١٨١ مدنى والاستئناس بها فى تقرير القاعدة العامة التى يجب الاخذ بها فى هذه الاحوال المختلفة . وقد قررت المادة ٤٧٤ ما يأتى : « اذا كان الشىء المستعار نقوداً[8] لزم رده بعين قيمته العددية[9] اياً كان اختلاف أسعار المسكوكات[10] الذى حصل بعد وقت العارية » أى أن الاصل فى الوفاء أن يحصل بنفس القيمة التى كانت معروفة للدين وقت ترتيبه فى ذمة المدين لا وقت الوفاء به[11]

---

(١) ٩ فبراير سنة ١٥٨،٣٤،٩٢٢ (٢) ٩ فبراير سنة ٩٢٢ ، ٣٤ ، ١٦١ (٣) -ordon nance (٤) ٢٤ يناير سنة ٩٢٣ ، ١٨٢،٣٥ ـ ٨ مايو سنة ٣٥٣،٣٦،٩٢٤ ـ ولكن يعتبر الوفاء بالفرنك على حساب القطع صحيحا فيما اذا باع البائع عقارا بمصر سنة ٩١٠ وقبض جزءاً من الثمن والباقى على اقساط ، وكان الثمن بعملة الفرنك ، والبائع والمشترى فرنسيان ، ثم قامت الحرب ونزل الفرنك . ذلك لان عملة الفرنك هى التى تعينت بالعقد ووضحت بتنفيذ العقد : ١٦ فبراير سنة ١٨٢،٣٤،٩٢٢ (٥) ٢٥ يناير سنة ٩٢٢ ، ١٨٣،٣٥ (٦) ٢٢ نوفمبر سنة ٩٢٢ ، ٣٥ ، ٣٣ (٧) ٢٤ يناير سنة ١٨،٣٥،٩٢٣ (٨) -argent en numé raire (٩) même valeur numérique (١٠) monnaie (١١) قارن ١٤ مارس سنة ٩٢٣ ، ٣٥ ، ٢٩٦ فيما يتعلق باجرة الشحن fret اذ يجب تقديرها على حساب القطع فى اليوم الذى يحصل فيه الوفاء بالاجرة

ويجب أن يترتب على ذلك أن الوفاء بالدين المقدر بالفرنك قبل هبوط سعره بحساب القطع أن يكون بسعر الفرنك فى الذهب قبل أن يتدهور الفرنك . واذا حصل الاتفاق وقت تدهور الفرنك فمن اللازم أيضا أخذاً بالمادة ٤٧٤ المذكورة ان يرجع الى سعر الفرنك وقت التعاقد . بحيث لا يرجع الى سعر الفرنك من الذهب المقدر له طبقا للمرسوم والدكريتو والقرار الوزارى السابقة الا اذا تبين أن نية العاقدين انصرفت الى القيمة الذهبية لا الى القطع

٢ — واذا كان محل العقد شيئا معينا [١] وجب على المدين أن يسلمه الى الدائن بالحالة التى كان عليها وقت التعاقد ووقت التزامه بالوفاء . وطالما أنه لم ينذر من الدائن بالوفاء فلا يسأل عن الاضرار التى تصيب الشيء بفعل القوة القاهرة (المادة ١٢٤٥ فرنسى)

٣ — واذا كان المدين ملزما بالوفاء بشيء مثلى [٢] فلا يلزم المدين بان يوفى بأحسن شيء ولكنه مع ذلك لا يجوز له أن يوفى دينه بأردأ شيء (المادة ١٢٤٦ فرنسى) .

الشرط الثانى : يجب على المدين أن يدفع الدين كاملا . وليس له الزام الدائن على أن يستلم جزءاً من الدين ولو كان الدين قابلا فى ذاته للقسمة (المادة ١٢٤٤ فرنسى) أى يعتبر الدين بين الدائن والمدين كأنه غير قابل للقسمة (المادة ١٢٢٠ فرنسى) وفى الواقع فان الوفاء لا يعتبر صحيحا ومبرئا لذمة المدين الا اذا تناول الدين بتمامه .

٣٩٨ — ولكن لهذه القاعدة استثناآت هى :

١ — **حالة المقاصة** : اذا أصبح المدين دائناً هو الآخر لدائنه بدين أقل من دينه الملزم به جازت المقاصة فى الدينين الى حد الاصغر منهما وعلى ذلك ينقضى دين الدائن بقدر ما عليه لمدينه ولا يطالبه الا بفرق الدينين (الماده ١٩٣ / ٢٥٧ مدنى و١٢٨٩ فرنسى — و١٩٥ / ٢٥٨ مدنى و١٢٩٠ فرنسى)

٢ — **الدين المكفول بجملة أشخاص** : اذا كان الدين مكفولا من جملة أشخاص

---

[١] corps certain

[٢] chose de genre

وطالب الدائن أحد الكفلاء جاز لهذا الكفيل أن يدفع دعوى المدعى بدفع التجزئة[1] وهو الزامه أولا بتقسيم حقه على كل الكفلاء المسرين وأن لا يطالب كل واحد الا بقدر نصيبه

٣ — **وفاة المدين** : فى حالة وفاة المدين لا يجوز مطالبة وارث المدين الا بقدر نصيبه فى الدين بنسبة ما أخذه من التركة[2] . أما اذا أراد الدائن المطالبة بكل الدين وجب عليه مخاصمة جميع الورثة

٤ — يجوز للقاضى فى ظروف خاصة بالمدين ومع كل تحفظ توزيع الدين على أقساط[3] وتكليف المدين بدفع كل قسط فى ميعاده المضروب (المادة ١٦٨ / ٢٣١ مدنى و١٢٤٤ فرنسى) . وسنشرح ذلك عند ما نتكلم على المهلة القضائية[4]

هـ — فى تاريخ الوفاء ومكانه وتكاليفه

٣٩٩ ـ ١ **تاريخ الوفاء** : يجب أن يحصل الوفاء فى الميعاد المعين بالعقد اذا تعين ميعاد . وأما اذا لم يتعين فيجب الوفاء فى الحال عقب العقد[5]

٢ ـ **مكان الوفاء** : يجب أن يحصل الوفاء فى المكان الذى تعين بالعقد (المادة ١٢٤٧ فرنسى) فاذا لم يتعين بالعقد وجب أن يحصل فى المكان الموجود به الشىء المعين وقت الالتزام (المادة ١٦٩ / ٢٣٢ مدنى و١٢٤٧ فرنسى) أما اذا كان الدين مبلغاً من المال أو من الاشياء المثلية فان الوفاء يحصل فى محل اقامة المدين (المادة ١٧٠ / ٢٣٢ مدنى و١٢٤٧ فرنسى) أى ان الدين يطلب من مكان المدين[6] ولا يحمل الى محل الدائن

---

(١) bénéfice de division (٢) ٨ مايو سنة ١٩١٠، ٢، ١٦٩ (٣) par acompte

(٤) délai de grace (٥) على أنه يجوز للقاضى فى مثل هذه الحالة أن يحدد ميعاداً للوفاء يتفق مع غرض المتعاقدين والعقد : ٢٧ أبريل سنة ٩٩، ١١ ، ١٩٧ واذا أعطى شخص أرضه بالغاروقة لآخر فى دين أخذه منه واشترط المدين بعقد الغاروقة أنه يدفع الدين عند القدرة على الوفاء ، اعتبر أجل الدفع فى مصلحة المدين ولا يكره على الوفاء طالما أنه لم يقدر عليه . وتظل العين محل الغاروقة ضامنة له حق الوفاء . انما يحل الاجل اذا فعل المدين ما يخل بالضمانات : محكمة طهطا الجزئية فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ م ر ١ ، ٦ ص ١٤٧ عدد ٧١ (وهو حكم هام فى الغاروقة وشروطها وأصلها القانونى واللغوى) (٦) les dettes sont quérables et non portables

٣ — **تكاليف الوفاء** : يتحمل المدين تكاليف الوفاء (المادة ١٧١ / ٢٣٤ مدنى و ١٢٤٨ فرنسى[١]

ى — في الوفاء بشيء غير الملتزم به

٤٠٠ — يحصل الوفاء بشيء غير الملتزم به[٢] اذا سلم المدين لدائنه شيئاً فى مقابل الدين ، كما اذا سلم عقاراً أو منقولا فى مقابل مبلغ الدين . ويجب فى ذلك رضاء المدين حتماً . كما أنه يجب مراعاة تسجيل عقد الوفاء اذا كان خاصاً بعقار طبقاً لقانون التسجيل رقم ١٨ سنة ٩٢٣

والوفاء بشيء فى مقابل الدين عمل قانونى اختلفت فى تكييفه الآراء[٣] إذ قال عنه بوتييه أنه نوع من الوفاء . وقال عنه ابرى ورو وبلانيول أنه استبدال[٤] . ويقول دى هلس[٥] والقضاء المختلط[٦] أنه بيع[٧] وقد يتشابه مع البدل اذا كان محل الدين شيئاً[٨]

ولهذا الخلاف آثار ظاهرة فيما اذا استحق الشيء وخرج بالاسترداد أو الاستحقاق من يد الدائن[٩] . فان قيل بنظرية الوفاء اعتبر استحقاق الشيء للغير مبطلا للوفاء . وعلى ذلك تعود للدائن حقوقه المقررة له من قبل فى الدين المطلوب له . ويقول بذلك دوما . وان قيل بالاستبدال ، أى استبدال الدين الاصلى بالشيء الذى يسلمه المدين لدائنه ، زال أثر الدين وزالت معه توابعه أى ضماناته المؤيدة له . ولم يبق للدائن إلا حق الرجوع بالضمان[١٠] على المدين . والضمان هذا أثر من آثار تسليم الشيء لا من آثار الدين الاصلى الذى انتهى وزال . ويؤيد الأخذ بمبدأ الاستبدال ما قررته المادة ٥١١/٦٢٤ مدنى و ٢٠٣٨ فرنسى من زوال التزام الضمان عن الكفيل عند الوفاء بشيء فى مقابل الدين الاصلى. على أن فى القول بمبدأ الوفاء دون الاستبدال أثراً ظاهراً فيما اذا كان الدين الاصلى مضموناً برهن رسمى عن عقار مملوك للمدين نفسه[١١] إذ

---

(١) وعلى ذلك يتحمل المدين مصاريف شطب الرهن mainlevée : ٣٠ ديسمبر سنة ٩١٥ ، ٢٨ . ٨٥ (٢) dation en paiement أو datio in solutum (٣) acte complexe

(٤) novation بلانيول ج ٢ ص ١٨٠ ن ٨٢٢ كابتان ج ٢ ص ١١٥ (٥) ج ٤ ص ٤٥٨ ن ٨٧

(٦) استئناف م ٦ يناير سنة ٩١٥ م ت ق ، ٢٧ ، ١٠٧ . — ج ع ٣ ص ٦١٤ ن ٦٣٩٢

(٧) راجع فى ذلك كله كابتان ج ٢ ص ٥١٢-٥١٣ . — البيع للهلالى بك ص ٨٩-٩٠ ن ١٤٨

(٨) كابتان ج ٢ ص ٥١١ (٩) évincer (١٠) droit de garantie

(١١) بلانيول ج ٢ ص ١٧١ ن ٥٢٣ حاشية ١ من ص ١٧١

يعود الرهن الى ما كان عليه ، بعد الاستحقاق ، وذلك باعتبار أن الدائن لم يقبل الشيء في مقابل الدين ولم يبرئ ذمة مدينه من الدين ، إلا على شرط أن يصبح مالكاً[١]

قلنا بأن البعض يقول بأن تسليم الشيء للمدين في مقابل الدين بيع . وذلك أن الملكية تنتقل الى الدائن في مقابلة دينه . وبالبيع تشتغل ذمة المشترى (الدائن) بثمن الصفقة . وهنا يتلاقى هذا الثمن مع الدين المطلوب من البائع (المدين) فيسقطان بالمقاصة. ومع القول بتشابه الوفاء بالبيع فان هناك مع ذلك فروقاً بينهما . فاذا كان أصل الدين باطلا وقيل بالبيع انتقلت الملكية مع ذلك . ولكن يجب في هذه الحالة دفع الثمن الى البائع ما دام أنه لم تحصل مقاصة بسبب عدم وجود الدين الاصلي . وان قيل بالوفاء وجب رد الشيء نفسه وبالذات لانتفاء سبب الوفاء[٢]

وأما التزام المدين بالضمان في حالة استحقاق الشيء للغير وحرمان الدائن منه فيرجع اذن الى أن في تسليم الشيء من المدين للدائن شرطاً ضمنياً بالضمان . ولذا يرجع الدائن على المدين بدعوى الضمان الذى يرجع بها المشترى على البائع عند استحقاق المبيع . ويرى بلانيول أن دعوى الضمان هذه انما هي نتيجة حتمية لكل عقد بعوض خاص بنقل الملكية[٣] . وهو يلاحظ على ذلك أنه من المحتمل أن يقال بأن قاعدة حق الضمان هذه إنما هي تكرار للقاعدة المقررة في حالة استحقاق الشيء في الوفاء ، في أن الدائن يبقى محتفظاً بحقه الاصلي ، أى له حق المطالبة بدينه . ان صح هذا القول ووجدت الدعويان لدى الدائن ، دعوى الضمان ودعوى المطالبة بأصل الدين لعدم صحة الوفاء ، فان الدائن مع ذلك لا يستطيع العمل بهما معاً ، بل لا بد له من الاختيار له بينهما وربما كان في دعوى الضمان مصلحة ظاهرة للدائن لأنه يحصل بها على تعويض اكثر كما لاحظ ذلك بوتييه

و . في خصم الديون

٤٠١ — يراد بخصم الديون[٤] القواعد المقرر اتباعها قانوناً عندما يلتزم المدين بجملة مبالغ فيدفع بعضها ويراد معرفة من أى المبالغ يجب أن يخصم له المدفوع

(١) كابتان ج ٢ ص ٥١٣ (٢) بلانيول ص ١٧٢ ن ٥٢٨ ـ كابتان ج ٢ ص ٥١١ ـ ٥١٢
(٣) بلانيول ص ١٧١ ن ٥٢٦ (٤) imputation de paiement

وتتبع هذه القواعد على الاخص فيما اذا كان لبعض الديون فوائد دون البعض الآخر أو كانت مقادير الفوائد مختلفة

ويحصل الخصم اما بمعرفة المدين نفسه أو بما يقرره القانون

الخصم بمعرفة المدين : للمدين الحق عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد أن يدفعه (المادة ١٧٢ / ٢٣٥ مدنى و١٢٥٣ فرنسى) ولهذه القاعدة استثناءات [١]

١ ــ لايجوز للمدين أن يخصم ما دفعه من دين مقداره أكبر من المبلغ المدفوع منه . والا لو قيل ذلك لترتب عليه اخلال بالقاعدة التى قررناها وهو عدم جواز اكراه الدائن على قبول دينه مجزءاً أى على جملة دفعات

٢ ــ اذا دلت نية المتعاقدين صراحة أو ضمنا وقت التعاقد على أن دينا معينا يحصل الوفاء به أولا دون الآخر . فى هذه الحالة يجب على المدين أنلا يخرج عما تم عليه الاتفاق . فاذا كان المدين ملزماً بدينين أحدهما عادى والآخر برهن وأراد أن يوفى الدين العادى أولا وأن يؤخر المرهون الى وقت آخر وجب على المدين مراعاة ذلك .

٣ ــ ان حق المدين فى تعيين الدين الذى يوفى به مقيد بعدم الاضرار بالدائن وعلى ذلك لا يجوز للمدين الوفاء بدين لم يحل أجله بعد اذا كان الاجل مضروبا فى مصلحة الدائن [٢]

الخصم بمعرفة الدائن : اذا لم يشأ المدين استعمال حقه فى تعيين الدين الذى يريد الوفاء به فللدائن حينئذ الحق فى أن يعين بالايصال [٣] الذى يسلمه لمدينه الدين الذى يريد انقضاءه . وفى هذه الحالة لا يجوز للمدين الذى استلم الايصال أن يحتج على ما ورد بهذا الايصال ويطلب خصم ما دفعه من دين آخر ، إنما له ذلك إذا شاب الايصال غش [٤] أو خدعة من جانب الدائن (المادة ١٢٤٥ فرنسى) [٥]

الخصم بحكم القانون : اذا لم يعين المدين الدين الذى يريد الوفاء به

---

(١) بلانيول ص ١٤٧ ن ٢ ٤٤٢ . ـ كابتان ص ٨١ (٢) س ، ٤٠٩٠٤ ، ١٨٥٠١ ومقال بونكارير Bonnecarrière « . ـ ٢٠١ ايو سنة ٩٥ ، ٢٤٥٠٧ (٣) quittance (٤) dol

(٥) بلانيول ص ١٤٧ ن ٤٤٣

وكذلك اذا لم يتبين بالمخالصة المسلمة من الدائن ما هو الدين المراد انقضاؤه ففى هذه الحالة يقضى القانون باستنزال المدفوع من الدين الذى يرى فيه مصلحة ظاهرة للمدين بالوفاء به قبل غيره من الديون الاخرى (المادة ١٧٢ / ٢٣٥ مدنى و١٢٥٦ فرنسى) فاذا كان المدين مديناً بدين مشفوع برهن أو اختصاص ودين عادى وجب أن يخصم له الدين المشفوع بالرهن دون العادى لان له مصلحة ظاهرة فى براءة ذمته منه باعتباره أشد حملا وأكثر كلفة عليه ومضايقة له [1] . واذا كانت الديون لم تستحق جميعها فى وقت واحد واستحق أحدها دون الاخرى وجب أن يخصم المدفوع من الدين الذى حل أجل دفعه ولو كان الدين الحال أقل مضايقة وحملا على المدين بالنسبة للديون الباقية (المادة ١٢٥٦ فرنسى)

واذا كانت الديون تستوى فى أصلها وطبيعتها وجب أن يقع الخصم أولا عن أقدم الديون [2] أما اذا تساوت مساواة مطلقة وجب استنزال المدفوع بنسبة الديون (المادة ١٢٥٦ فرنسى) أى يقسم المبلغ المدفوع على الديون و يقدر لكل دين مقدار بحسب قيمته

و يجب على كل حال أن يحصل الخصم أولا فى المصاريف والفوائد قبل الدين ذاته (المادة ١٧٣ / ٢٣٦ مدنى و ١٢٥٤ فرنسى)

ز — فى العرض والايداع [3]

٤٠٢ — نعلم أن الالتزام اما أن يكون التزاما باجراء عمل أو الامتناع من اجراء عمل . والوفاء فى الامتناع يحصل بمجرد الامتناع . وعدم الوفاء يقع باجراء

---

(١) استئناف ٣١ مارس سنة ٩١٤ م ر ١٥ ص ٢١٢ — ١٤ يونيو سنة ٩١٦ ، ٢٨ ، ٤٢٩ وكذلك فيما اذا كان المدين ملتزماً بدينين احدهما بالتضامن . فمن مصلحته ان يحصل الخصم فى الدين الخالى من التضامن : استئناف ٢٠ فبراير سنة ٩٠٢ م ر ١٣ ، ٥٠ ، ٢٥٠ (٢) ولكن يقول القضاء المختلط ان هذه القاعدة المقررة بالمادة ١٢٥٦ فرنسى هى فرنسيه قانونية présomption légale لم يقل بها القانون المصرى وعلى ذلك فلا يؤخذ بها بمصر : ١١ يونيو سنة ٩٢١ ، ٣٣ ، ٣٧٨

(٣) بلانيول ص ١١٨ ن ٤٤٦ وما بعدها — كابتان ص ٨٢ وما بعدها

العمل الممنوع . أما الالتزام باجراء عمل فالوفاء فيه يكون بالقيام بالعمل لا بعرض التنفيذ على الدائن . لان مثل هذا العرض لا يعتبر مبرئا لذمة المدين ولا يمكن تشبيهه بعرض دين بمبلغ من النقود على الدائن ، لان العرض في هذه الحالة الاخيرة يعتبر مبرئا لذمة المدين . وفى الالتزام باجراء عمل اذا رفض الدائن قيام المدين بالوفاء به وجب على المدين الامتناع عن الوفاء وما عليه الا أن يطالب دائنه بتعويض . أي أنه لا عرض فى حالة الوفاء بالالتزام باجراء عمل [1]

والمدين بأى التزام ملزم بالوفاء والدائن ملزم بقبول الوفاء اذا كان مطابقا للالتزام فاذا هم المدين بلوفاء وامتنع الدائن عن قبوله كان من مصلحة المدين أحيانا أن يعمل على براءة ذمته فى الحال ولا ينتظر صدور الحكم فيما اختلف فيه الطرفان . وربما تظهر مصلحته فى ايقاف سير الفوائد اذا كان الدين مبلغا من المال أو أنه يريد التحرر من قيود المحافظة على الشىء الملزم بتسليمه . أو أنه كان ملزما بتسليم أشياء مثلية ويخشى هبوط الاسعار فيها أو أنه يرمي الى شطب الرهن المتوقع على عقاره أو تحرير كفيله من من قيود الكفالة (المواد ٦٨٥ ـ ٦٩٩ / ٧٧٣ ـ ٧٨٧ مرافعات)

وقد رسم له القانون طريقا لاجل الافلات من هذه الاضرار التى تكتنفه من جراء عدم قبول الدائن للوفاء وهى طريقة مكونة من عملين ، العرض الحقيقى والايداع

١) **العرض الحقيقى** [2] العرض الحقيقى لا يكون فى التزام باجراء عمل كما تقدم بيانه . بل على المدين فى هذه الحالة مطالبة دائنه بتعويض كما قررت ذلك المادة ١٧٤/٢٣٧ مدنى . وأما فى غير ذلك أى فى الاحوال الاخرى يجب على المدين عند امتناع الدائن عن قبول الوفاء أن يعرض الدين عرضا حقيقيا على دائنه على يد محضر بان يسلمه المبلغ بيده ويجب أن يحصل العرض فى المحل المعد للوفاء أو للشخص الدائن أو لمحل اقامته أو للمحل المعين بالعقد لاجل الوفاء

٢) **الايداع** [3] اذا قبل الدائن استلام الدين من المحضر سلمه اليه وحرر محضراً بذلك بعد أخذ الايصال منه بالوفاء . واذا رفض الاستلام من المحضر حرر

---

(١) المادة ١٧٤/٢٣٧ مدنى . دى هلس ج ٢ ص ٦٧ ـ ٦٨ ن ٤٨

(٢) offres réelles

(٣) consignation

هذا محضراً بذلك وعين فيه يوم وساعة ايداع المبلغ ومحل الايداع وفى اليوم المعين تودع النقود فى خزينة المحكمة

٤٠٣ — ما هى آثار الايداع : لا يخلو الحال من واحد من اثنين

١) اما أن يعدل الدائن عن عناده ويستلم المبلغ بعد ايداعه وفى هذه الحالة يجب معرفة الوقت الذى يعتبر الوفاء فيه قد تم فعلا من قبل المدين هل هو وقت العرض أو وقت الايداع أو وقت استلام الدائن للدين المودع؟ أما وقت الاستلام بعد العرض والايداع فلا يمكن أن يكون هو الوقت الذى تم فيه الوفاء لانه لو قيل بعكس ذلك لترتب عليه عدم وجود فائدة بالمرة لهذه الاجراآت الخاصة بالعرض والايداع . وماهو حينئذ وقت العرض هل يعتبر وقت العرض هو الوقت الذى يتم فيه الوفاء؟ تقول المادة ١٢٥٧ مدنى فرنسى بأن العرض الحقيقى المشفوع بالايداع يبرئ ذمة المدين (ولا شبيه لها بالقوانين المصرية) فكأن وقت العرض هو الوقت الذى تبرأ فيه ذمة المدين. ولكن يلاحظ أن المادة ١٢٥٩ مدنى فرنسى تقول بأن فوائد المبلغ المستحقة بعد العرض لغاية الايداع يجب ضمها على الاصل وقت الايداع وهذا ما تقول به المادة ٦٨٩ / ٧٧٧ مرافعات مصري . ومن ذلك يفهم أن وقت العرض لا يعتبر مبرئاً لذمة المدين بل هو وقت الايداع وعلى ذلك فان الدائن لا يعتبر من وقت الايداع مالكا لما أودع بل المدين يعتبر مالكا له لان القانون أجاز للمدين سحب الوديعة عند عدم أخذها بمعرفة الدائن وحتى قبل صدور الحكم بصحة الايداع بطريقة نهائية وعلى شرط اخبار الدائن بنيته فى سحب الوديعة . واذا سحبت الوديعة عاد الدين الى الوجود وعاد معه مازال بزواله فيعود التزام المدين الشريك فى المديونية (١) والتزام الكفلاء

واذا كان الوفاء لا يعتبر حاصلا الا من وقت الايداع لزم على ذلك ان الايداع أمر واجب لصحته بحيث اذا حصل العرض ولم يحصل الايداع ظل الدين عالقا بعنق المدين

اذا علم ذلك فما القول بشأن عرض الثمن فى الشفعة المنوه عنه بالمادة ٤ من قانون الشفعة الصادر فى ٢٣ مارس سنة ٩٠١ ؟ فهل مثل هذا العرض يعتبر فى

(١) codébiteur

حكم الدين قانونا فيجب فى صحة الوفاء به أن يكون العرض مشفوعا بالايداع؟ أم انه لا محل للايداع وأن العرض كاف؟ اختلف القضاء المصرى فى هـذه المسئلة وأخيراً طرح الخلاف على الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الاهلية طبقا لقانون ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢١ رقم ٣ المنشىء للمادة ٢٧١ مرافعات مكررة فاصدرت هذه الدوائر المجتمعة حكما بتاريخ ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣[1] قرت فيه عدم ضرورة الايداع وان العرض وحده كاف. وهو حكم فيه محل للنظر

٢) واما ان الدائن يظل على عناده فلا يستلم الوديعة. وفى هذه الحالة يجب على على المدين أن يرفع الدعوى ويطلب فيها الحكم بصحة العرض. واذا صدر الحكم بصحة العرض وأصبح فى قوة الشيء المحكوم فيه اعتبر الدين مدفوعا الى الدائن دفعا نهائيا (المادة ١٢٦٢ مدنى فرنسى) وأما قبل ذلك فانه يجوز المدين سحب الوديعة كاملة (المادة ١٢٦١ مدنى فرنسى)

٤٠٤ — على أن الايداع يعتبر فى ذاته وفاء بالمعنى القانونى من الوجهات الآتية.

١ — يحول الايداع دون مضايقة الدائن لمدينه بالاجراءات القضائية من توقيع حجز وخلافه

٢ — يوقف الايداع سريان الفوائد

٣) اذا كان الدين شيئاً معيناً فهلاكه على الدائن

ويلاحظ على هـذه الاجراآت الخاصة بالعرض والايداع انها تحمل المدين ما لم يكن محملا به من قبل بمقتضى العقد والقانون لانه بينما يكون الدين فى الاصل مما يسعى اليه الدائن فيتقاضاه من محل اقامة مدينه[2] اذ تنعكس الآية اذا أبى الدائن استلام الدين ويقوم المدين نفسه بالبحث عن الدائن ليدفع اليه الدين فى محل اقامته . وفوق ذلك فان الاصل انه بمجرد حصول قيام المدين بتنفيذ التزامه يتم الوفاء وتبرأ ذمته . ولكن باباء الدائن لا يعتبر الوفاء صحيحا الا من يوم الايداع . فاذا هلك الشيء قبل الايداع فهلاكه على المدين لا على الدائن مع أن ذمة المدين كانت تبرأ من الدين اذا رضى الدائن بالاستلام وقت الشروع فى الوفاء ، فكيف يتحمل المدين نتيجة عمل الدائن .

(١) مجلة المحاماه السنة ٣ ص ٢٦٦ رقم ٢٠٠ (٢) dette quérable

٤٠٥ — لهذه الاعتبارات السابقة عالج القانون الالمانى هذه الحالة الضارة بالمدين وقرر (المواد ٢٩٣ ـ ٣٠٤) بان الوفاء يتم وتبرأ ذمة المدين بمجرد حصول انذار أو تنبيه على الدائن بالاستلام ويجوز أن يحصل الانذار شفويا أيضا . ويجوز فوق ما تقدم أن يطالب المدين دائنه بتعويض نظير تأخيرهذا الاخير فى الاستلام

وقد آن للشرائع الحاضرة الاخذ بهذا الرأى القانونى الالمانى حتى لا يترك المدين تحت رحمة دائن متعنت . نعم وان كانت مصاريف العرض والايداع مما يتحمله الدائن (المادة ١٢٦٠ مدنى فرنسى) الا ان ذلك لا يكفى بل لا بد من التعويض الكامل . والتعويض الكامل ليس من السهل الحصول عليه عند عدم النص به فى هذه الحالة بل لا بد فيه من الرجوع الى القيود القانونية الخاصة بالمسئولية والتعويض

٤٠٦ ـ واذا كان الشىء المطلوب الوفاء به شيئا معينا ويجب تسليمه فى المكان الموجود به فالعرض فيه يكون بانذار على يد محضر من المدين الى الدائن بالاستلام . فاذا لم يحصل الاستلام جاز للمدين أن يطلب الى القضاء تعيين محل آخر لايداعه به (المادة ١٢٦٤ مدنى فرنسى) والاسهل طلب تعيين حارس قضائى [1] لاستلام الشىء والمحافظة عليه أو بيعه وايداع ثمنه بخزينة المحكمة على ذمة من يحكم له من الطرفين .

٤٠٧ ـ واذا كان الدين منقولا يخشى عليه من التلف بمضى الزمن القصير وتعين يوم لدفع ثمن المنقول واستلامه ولم يحضر الدائن للاستلام فسخ العقد فى الحال بقوة القانون دون انذار . ويجوز فى هذه الحالة للمدين التصرف فى المنقول ويرجع بالتعويض على الدائن (المادة ٣٣٥ / ٤١٨ مدنى و ١٦٥٧ فرنسى)

أما اذا كان الدين عقاراً فيكفى انذار الدائن بالاستلام فاذا أبى الدائن الاستلام وجب على المدين رفع دعوى حراسة يطلب فيها تعيين حارس قضائى لاستلام العقار واستغلاله وايداع الغلة بخزينة المحكمة

ويحصل أن يكون المدين ممنوعا من الوفاء الى الدائن وذلك فيما اذا حجز تحت يده بمعرفة دائن لدائنه . وفى هذه الحالة يجب عليه ايداع المبلغ بخزينة المحكمة [2]

---

(١) sequestre judiciaire (٢) فى اجراءات العرض والايداع فى القانون المصرى راجع كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ١٣٢٣ ـ ١٣٤٤ ـ والتنفيذ للدكتور عبدالفتاح بك السيد ص ٦٢٦ ن ٩٢٤ وما بعدها

ع — فى التعرض للوفاء بالحجز تحت يد مدين الدائن [1]

٤٠٨ — يحصل أن الغير يتعرض للمدين ويمنعه من الوفاء للدائن الا بحضوره أو برضائه . ويحصل هذا التعرض فى حالة ما اذا كان الدائن مدينا هو الآخر لدائن . فيجوز لهذا الاخير توقيع الحجز تحت يد مدين مدينه [2] . وهذا الحق مستفاد من حق الضمان العام المقرر له على أملاك مدينه (المادة ٥٥٥ / ٦٧٩ مدنى و ١٤١ / ٢٠٢ مدنى و ٢٠٩٢ فرنسى) ومن حق الدائن فى أن يعمل بالنيابة عن مدينه فى تحصيل حقوق هذا الاخير (المادة ١٤١ /٢٠٢ مدنى و١١٦٦ فرنسى) وبالحجز يضع الدائن يده على الدين المطلوب لمدينه ويعمل على استلام الدين منه [3] أى انه يوجد فى حالة الحجز مدين ودائن ودائن الدائن

وتكون عملية الحجز تحت يد الغير فى فرنسا دائما من دورين الدور الاول الدور الاحتياطى التحفظى [4] وهو الخاص بتوقيع الحجز والتنبيه على المحجوز لديه بعدم الدفع الى الدائن المحجوز عليه ـ والدور الثانى دور التنفيذ [5] وهو الدور الذى يعمل فيه الحاجز على الحصول على حكم بتثبيت الحجز [6] وبالحكم يتقاضى الدين مباشرة من مدين مدينه . ويحصل الحجز هذا اما بسند تنفيذى أو بسند عادى لولم يكن الدين محدد القيمة تحديداً نهائياً

أما فى مصر فان حجز ما للمدين لدى الغير يكون تنفيذيا من أول الامر اذا كان بيد الدائن سند أو حكم واجب التنفيذ وفى هذه الحالة لا ضرورة للحكم بصحة الحجز أما اذا لم يكن ثمت سند تنفيذ فان الحجز يكون تحفظيا ابتداء وينقلب تنفيذيا من صدور الحكم بتنفيذ الحجز

وفى ذلك كله اجراآت تتعلق بقانون المرافعات [7] انما نحن نقصر القول هنا على ما يمس القانون المدنى وذلك فيما يتعلق بآثار الحجز ونتائجه

---

(١) كاتان ص ٨٥ . ـ بلانيول ص ١٥٠ ن٤٥٦ وما بعدها . (٢) saisie-arrêt
(٣) ويسمى الحاجز créancier saisissant والمدين المحجوز عليه débiteur saisi والمحجوز تحت يده tiers saisi (٤) phase conservatoire (٥) saisie d'exécution
(٦) validité de la saisie (٧) راجع فى ذلك كله كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بعد ٤٣٧ وما بعده وكتاب التنفيذ لعبدالفتاح بك ص٢٠٥ ن ٢٧٨ وما بعدها وسماه «حجزالدين»

٤٠٩ فى نتائج الحكم بتثبيت الحجز : بينما يرى أغلب رجال الفقه فى فرنسا أن الحكم بتثبيت الحجز لم يخرج عن كونه مجرد تعيين طريقة للوفاء فان القضاء الفرنسى يرى على العكس من ذلك بان لهذا الحكم أثراً فى تخصيص المبلغ الى الحاجز[1] أي أن الحاجز يختص به وحده دون غيره فيأخذ دينه كاملا من مبلغ الدين المحجوز وكذلك شأن الحاجزين الآخرين الذين يحجزون قبل صدور الحكم . وأنه اذا توقعت حجوزات أخرى بعد الحكم بتثبيت الحجز فلا يكون لها أدنى تأثير على حق الحاجز الاول أو الحاجزين الاولين[2]

أما فى مصر فان المحاكم قد قررت مساواة جميع الحاضرين سواء حجزوا قبل الحكم بصحة الحجز أو بعده ولم تر أن من آثار الحكم بصحة الحجز تفضيل الحاجز المحكوم له على غيره ممن يحجزون من بعد الحكم[3]

٤١٠ — فى نتائج الحجز قبل صدور الحكم بتثبيته : للحجز قبل الحكم بتثبيته نتائج هامة وهى أنه لا ينزع من الدائن المحجوز عليه حق تملكه للدين وانما يعطل عليه قبض الدين . ومعنى ذلك .

١ ان المحجوز لديه لا يجوز له أن يدفع شيئا الى الدائن المحجوز عليه . واذا دفع فدفعه غير صحيح بالنسبة الى الحاجز ولا يسرى عليه[4] فاذا حكم بتثبيت الحجز وجب عليه أن يدفع مرة ثانية الى الحاجز (المادة ١٢٤٢ مدنى فرنسى) وله حق الرجوع على دائنه بما دفعه لدائن دائنه

وقد يكون فى بقاء الدين تحت يد المدين المحجوز لديه ضرر يلحق به فيما اذا كان للدين فوائد تسرى عليه . ففى هذه الحالة يجوز للمدين المحجوز لديه ايداع المبلغ

---

(١) effet translatif (٢) س ٠ ٩١٠ ، ١ ، ٣٣ (٣) راجع حكم الاستئناف المختلط فى ٨ مايو سنة ١٩١٣ م ت ق ٢٥ ، ٣٦٩ وجازيت ٣ ص ١٨١ نمرة ٣٩٥ ومن قبله حكم اول ديسمبر سنة ١٨٨٧ م ر م ١٣ ص ٢٢ وهو مطول وفيه حيثات مستفيضة فى الموضوع وراجع كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك حيث يرى هذا الرأى وفيه ايضاً بيان لبعض الاحكام التى ترددت فى الاخذ بهذا المبدأ (بند ٥٧٧ وحاشيتى ١ و ٢ ص ٣٧١) . ـ انظر تنفيذ الدكتور عبد الفتاح بك السيد ص ٢٦٠ ن ٣٤٨ وما بعدها (٤) qui paie mal paie deux fois

فى الحال بخزينة المحكمة دون الحاجة الى الطرق المقررة للعرض والايداع المتقدمة [1]

واذا فرض وكان المدين معسراً وسخر من جانبه شخصاً آخر ليوقع الحجز تحت يده وبذلك يتعطل الدين فى يده ليكون لديه متسع من الوقت فى المماطلة [2] جاز للدائن المحجوز عليه الزام المدين المحجوز لديه بايداع مبلغ الدين فى الحال بخزينة المحكمة (المادة ٤٢١/٤٨٣ مرافعات) ويجوز له أيضاً الانتفاع بهذا الحق فى أى حالة يرى فيها مصلحة لنفسه وعلى الاخص فيما اذا كان يخشى اعساراً محتملا سيقع فيه المدين المحجوز لديه

٢ — وليس للمحجوز لديه الفرار من عاقبة الحجز بأن يدعى ابراء الدائن له من الدين أو حصول استبدال فى الدين . كما أنه ليس له ادعاء انقضاء الدين بالمقاصة من دين تقرر له بعد الحجز لانه لايجوز أن تحصل المقاصة اضراراً بالغير (المادة ١٩٩/٢٦٣ مدنى و١٢٩٨ فرنسى) لان المقاصة هى من باب الوفاء ، وبالحجز تقطع مدة التقادم فليس للمدين الادعاء بسقوط الدين عنه (المادة ٢٢٤٤ مدنى فرنسى) أما المادة ٨٢/١١٠ مدنى مصري فلم تذكر الحجز من الاسباب القاطعة للمدة ولكن القاعدة عامة باعتبار أن الحجز عمل يقوم به الحاجز بالنيابة عن مدينه فى المطالبة بالدين طبقا لما قررناه [3]

هذه هى نتائج الحجز فيما يتعلق بمظهره الثانى من أنه يعطل لدى الدائن والمحجوز عليه حق التصرف في دينه . ولم يكن من شأن الحجز أن يقرر للحاجز امتيازاً خاصا به [4] على المبلغ المحجوز عليه كما كان ذلك معروفا فى عهد القانون الفرنسى القديم. بل قرر القانون الحاضر الفرنسى والمصرى عدم تقرير حق امتياز للدائن الحاجز يتقدم به على أى حاجز آخر لان فى تقرير الامتياز تشجيعا للدائنين على المسارعة في توقيع الحجز حتى ينفرد بمزاياه من كان أكثر اسراعا. أما الآن فان الحاجز الاول والحاجزين

---

(١) د، ١٩١١، ١، ٣٤٠.—س، ١٩١١، ١، ٤٣٣ ومقال « تيسييه Tissier » (٢) وهو مايسمى بحجز المجاملة saisie-opposition de complaisance (٣) قارن هذا بما جاء فى كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٥٧٢ ففيه مناقشة لهذه النقطة وخصوصا بند ٥٧٣ ففيه تحليل لاجراءات الحجز ونظر فيما يعتبر منها قاطعا للتقادم وما لا يعتبر ... تنفيذ عبد الفتاح بك ص ٢٤٨ ن ٣٢٧ وما بعدها (٤) privilège

الاخرين الذين يأتون قبل صدور الحكم بتثبيت الحجز يقتسمون جميعا الدين المحجوز عليه بنسبة ديونهم[1] واذا فرض والتزم المحجوز عليه بالتزامات أخرى فى الفترة القائمة بين الحجز وصدور الحكم بتثبيته فانه يجوز لدائنيه هؤلاء حق توقيع الحجز على الدين المحجوز عليه ومزاحمة الحاجز الاول والحاجزين الاخرين فى اقتسام الدين : كل هذا نتيجة معقولة للقاعدة القائلة بمساواة الدائنين العاديين فيما بينهم وعدم تفضيل الواحد على الاخر . ولكن الا يلاحظ في ذلك أنه ماس باحدى النتائج الهامة للحجز فى ذاته وهو تعطيل الانتفاع لدى المحجوز عليه بدينه المحجوز ؟ أليس في اطلاق الحرية للمدين بعد الحجز في تقرير التزامات بذمته قبل صدور الحكم بتثبيت الحجز معنى القضاء على هذه النتيجة الهامة وهى تعطيل الانتفاع بالدين لدى الدائن المحجوز ضده ؟ [2]

٤١١ — وقد كان الخلاف عظيما فى القضاء الفرنسى لمعرفة ما اذا كان للحجز الواقع تحت يد الغير نتيجة مطلقة فى حبس الدين كله تحت يد المحجوز لديه أو أن له نتيجة نسبية أي أن الحبس لا يتناول الا بقدر المحجوز لاجله . وقد انتهى الامر من بعض الوجوه بصدور قانون ١٧ يوليو سنة ٩٠٧ بصفته ملحقا للمادة ٥٦٧ مرافعات فرنسى اذ أجاز للمحجوز ضده بأن يطلب الى قاضى الامور المستعجلة تعيين قيمة المبلغ المحجوز من أجله وايداعه على ذمة الحاجز باعتباره مخصصا له دون غيره أى يكون له امتياز عليه وما بقى بعد ذلك يدفع الى الدائن المحجوز ضده . وفيما عدا حالة التخصيص هذه ترى المحاكم الفرنسية الآن أن نتيجة الحجز هى حبس الدين حبسا جزئيا نسبيا

٤١٢ — أما القانون المصرى الصادر فى ١٨٧٥ و ١٨٨٣ فانه قرر من قبل بالمادة ٤٢٣ / ٤٨٥ مرافعات ما قرره قانون ١٧ يوليو سنة ١٩٠٧ الفرنسى مع تعديل طفيف فيما يتعلق بقاضى الامور المستعجلة اذ أباح للمدين المحجوز لديه ايداع ما يقابل الدين المحجوز لأجله وتسليم الباقى للدائن المحجوز ضده بعد أن يقرر المحجوز عليه بانه خصص القدر المودع لوفاء دين الحاجز خاصة بعد ثبوته وبذلك يبقى المبلغ المودع

---

(١) au marc le franc (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٨٧ ـ ٨٨

وقفا خاصا للحاجز لاينازعه أحد من الحاجزين الآخرين . وهذا ما يسمى بتخصيص الدين [١]

و يستنتج من مبدأ التخصيص هذا أن الشارع المصرى يقر نتائج الحبس او التعطيل النسبي الجزئى متبعا فى ذلك المبدأ الذى جرت عليه الاحكام الفرنسية الحديثة [٢]

ط — فى تنازل المدين عن أملاكه [٢]

فى حالة الاعسار

٤١٣ ـ لما قرر القانون الفرنسى الاكراه البدنى [٣] قرر بجانبه حق المدين المعسر فى التنازل عن أملاكه لدائنيه حتى يفلت بذلك من الاكراه البدنى. ولما الغى هذا الاكراه سنة ١٨٦٧ بطل معه العمل بهذه المواد ولو انه لم ينص على ابطالها نصا صريحا . و ينحصر التنازل هذا فى حصول اتفاق بين المدين ودائنيه فى أنه يتنازل لهم عن ادارة أملاكه لا عن ملكيته لها أى أنه يتخلى عن ادارتها [٤] فلا يجوز له بعد ذلك أن يجرى عملا من الاعمال الخاصة بادارتها ولا بتقرير حقوق عينية عليها ولا التصرف فيها بأى طريقة كانت . والدائنون يضعون يدهم على الاملاك فيديرونها و يستغلونها ولهم حق بيعها حتى يتقاضوا ديونهم منها. واذا بقيت بقية من الثمن ردت الى المدين ، واذا أيسر المدين جاز له استرداد أملاكه بعد الوفاء بديونه وللطرفين ـ المدين والدائنون ـ حق اشتراط شروط قاسية بالعقد . كأن يقرر لهم حق التنازل لهم عن الملكية . وكما يحصل التنازل عن أملاك المدين بالاتفاق بين الطرفين فانه يحصل أيضاً بحكم القضاء اذا تعذر عليه التراضى مع دائنيه وكان حسن النية

ولقد أخذ بعض علماء القانون يحبذون هذا التنازل عن الأملاك و يرحبون به بعد زوال الاكراه البدنى اذ يرون فيه وسيلة صحيحة يصح معها التوفيق بين المدين

---

(١) affectation spéciale (٢) راجع فى تفصيل التخصيص واجراءاته فى مصر كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٥٤٤ ـ ٥٥٠ وفى طبعة جبس الدين الناشىء عن الحجز بند ٥٥١ وما بعده من الكتاب نفسه. ـ وراجع التنفيذ لعبد الفتاح بك ص ٢٥٧ ن ٣٤٢ وما بعدها .

(٣) contrainte par corps (٤) dessaisissement

للعسر ودائنيه من طريق ارضاء هؤلاء الأخيرين ورفع العار عن المدين وما يصيبه من سوء السمعة رالقالة بسبب الحجز أو الافلاس [١] وان صح أن يكون لهذا النظام تلك الحسنات الأدبية والمادية فى أن يفلت المدين من مضايقات السمعة المالية ومن بيع أملاكه ببخس الاثمان فى المزاد ، الا أنه لوحظ أن الدائنين لا يرضون به لما ينجم عنه من هذا الحمل الثقيل فى ادارة أملاك الغير وما ينشأ عنها من صنوف المسئولية وأنواع المؤاخذة القانونية .

٢ — فى الوفاء مع الحلول [٢]

١ — كلمة عامة

٤١٤ — رأينا مايقع بشأن الوفاء البسيط من أن الدين ينقضى به وتعفو آثاره وأما الوفاء مع الحلول [٣] وهو كثير الوقوع فى الحياة العملية فانه يختلف عن الوفاء البسيط فى أنه لا ينقضى الدين به بل يترتب عليه تغير فى الدائن اذ يختفى الدائن الأصلى ويحل محله دائن آخر . ويتحرر المدين ازاء دائنه الأول ولكنه يصبح مديناً لمن دفع الدين عنه والدافع عنه قد يكون فى الأصل مديناً شريكاً له فى الدين [٤] أو كفيلاً له [٥] أو شخصاً أجنبياً عن الدين . ولا يحصل الدفع عادة فى مثل هذه الأحوال الا بعد أن يحفظ الدافع لنفسه الحق فى الرجوع بما دفعه والا اعتبر متبرعاً اذا كان يعمل بنية التبرع [٦] ومع حفظه حق الرجوع على المدين فانه يطلب وقت الوفاء من جانبه أن يحل محل الدائن فى جميع حقوقه [٧] أى يصبح هو صاحب حق الدائنية الذى كان مقرراً للدائن السابق .

٤١٥ — ويتحقق الحلول اما بالرضاء أو بحكم القانون

فيحصل بالرضاء اذا حصل التراضى عليه بين الدائن والدافع [٨] أو بين المدين

(١) انظر مقال د واهل Wahl س ١٩٠٦، ١، ٣٢١ ـ ومقال جيفيه Guénée د، ١٩٠٤، ١، ٢٧٣ ـ د، ١٩٠٨، ٣٢٨ ـ س، ١٩٠٩، ١، ٤٩٧

(٢) كابتان ص ٩٠ وما بعدها ـ بلانيول ص ١٥٦ ن ٤٧٣ وما بعدها ـ دى هلس ج ٢ ص ٧٥ وما بعدها

(٣) paiement avec subrogation (٤) codébiteur (٥) caution (٦) animo donandi (٧) subrogé dans les droits du créancier (٨) solvens

والدافع ويسمى الحلول بالرضاء [1] ويقع بحكم القانون ويسمى بالحلول القانوني [2] وهو أهم أنواع الحلول وأكثرها ذيوعا في عالم العمل اذ كان القانون نفسه هو الذي يقرره. فيقع ملزما للمدين بقوة القانون دون الحاجة الى اتفاق أو تراض خاص به وعلى ذلك ينتفع الدافع بجميع الضمانات التي كانت مقررة للدائن الاول الذي تقاضى دينه وانصرف

٤١٦ — ومن غير الحلول فان الدافع لا يعدم وسيلة قانونية يقاضي بها المدين الذي دفع عنه بأن يرفع عليه دعوى شخصية تتعلق بشخصه هو (أي شخص الدافع) وتتكيف هذه الدعاوى طبقا لظروف الاحوال . كأن يرفع عليه الدعوى بسبب الوكالة [3] اذا أشير عليه بالوفاء من قبل المدين ، أو الدعوى الناشئة عن القرض اذا كان قد سلم المدين المبلغ اللازم للوفاء بالدين ، أو دعوى الفضولي [4] فيما اذا تطوع لخدمة المدين دون أن يؤمر منه بذلك . وأما في الاحوال الاخرى غير هذه الاحوال المتقدمة فانه يجوز للدافع أن يرفع دعوى الاثراء بلا سبب [5] حيث أن المدين انتفع مما دفعه الدافع الى الدائن . وهذه الدعوى هي الدعوى العادية التي يلجأ اليها اذا أعوز صاحبها تصوير دعواه بالوكالة أو أعمال الفضولي وخلاف ذلك

ويلاحظ في الدعوى الشخصية التي يرفعها الدافع أنه لا يطمئن معها إلى الحصول على دينه فيما اذا كان المدين معسراً . وتختلف هذه الدعوى الشخصية عن الدعوى الناشئة عن الحلول في انها غير مضمونة بالكفيل أو التأمينات العينية العقارية كالرهن التأميني أو الرهن الحيازي أو الامتياز ولذا يعمل الدافع على الاخذ بالحلول حتى يضمن لدينه تمام الوفاء بهذه الضمانات . وبالحلول يحل الدافع محل الدائن في جميع حقوقه الخاصة بالدين فاذا كان الدائن بائعا انتقل الى الدافع حق الامتياز على العقار المبيع بشأن الثمن وانتقل اليه أيضا حق طلب الفسخ [6] بسبب عدم دفع الثمن (المادة ٤١٣/٣٣٢ مدني و ١٦٥٤ فرنسي) . واذا كان الدين دينا تجاريا انتقلت أيضا جميع الامتيازات التجارية الى الدافع فللدافع حق مقاضاة المدين أمام المحكمة التجارية . واذا كان سند الدين تنفيذيا جاز للدافع الحجز تنفيذيا على المدين كما كانت

(1) subrogation conventionnelle (2) subrogation légale (3) action de mandat
(4) gestion d'affaires (5) action de in rem verso (6) action en resolution

الحال عند الدائن تماما . واذا كان للدين أرباح تسرى بتوالى الزمن أصبح من حق الدافع المطالبة بها أيضا .

٤١٧ ـ هذا وليس من شأن الحلول أن يقضى على الدعوي الشخصية التى يملكها الدافع فى الأصل قبل المدين ، وكل ما ينشأ عن الحلول بالنسبة للدافع هو زيادة الضمانت قبله لا القضاء على حقه الاصلى فى رفع الدعوى الشخصية . والدافع بالخيار ان شاء استعان بالدعاوى المقررة له بالحلول . وان شاء استعان بالدعوى الشخصية الاصلية جريا وراء ما يراه من المصلحة له . فاذا كان وكيلا أو فضولياً جاز له تفضيل الدعوى الشخصية الاصلية بدلا من دعوى الحلول لانه يمكنه بمقتضاها المطالبة بالفوائد القانونية عن المبالغ المصروفة من قبله من تاريخ صرفها لا من تاريخ المطالبة الرسمية (المادة ٥٢٧ / ٦٤٧ مدنى و ٢٠٠١ فرنسى) أو تكون مصلحته فى أن الفوائد القانونية المقررة بالقانون أكثر من الفوائد المتفق عليها بسند الدين، وأن الدعوى الناشئة عن الحلول تسقط بمدة أقصر من المدة المقرره لسقوط الدعوى الشخصية ، وهكذا

ب ـ فى الكيان القانونى للحلول

٤١٨ ـ اذا واجهنا الوفاء بالحلول وراعينا المنطق الصرف صعب علينا تبريره من هذه الوجهة . لانه ما دام الوفاء قد قضى على الدين الاصلى فكيف مع ذلك يمكن القول ببقاء الدين فى مصلحة الدافع ؟ كيف يمكن التوفيق بين انقضاء الدين و بقاء الدين ، والانقضاء والبقاء متعارضان لا يتفقان ولا يمكن للشيء الواحد أن يكون متصفاً بهما معاً ؟ فاذا أقرض الدافع مبلغاً للمدين ليدفعه هذا الاخير لدائنه وفاء لدينه ، أليس الدين الاصلى قد انقضى بهذا الوفاء وتولد دين جديد وهو القرض ؟ فكيف يقال مع ذلك بأن الدين الاصلى وضماناته باقية فى مصلحة المقرض ؟

٤١٩ — إزاء هذه الصعوبة المنطقية البحتة احتال بعض المؤلفين على تبرير الحلول من الوجهة القانونية فقالوا بأن الدين الاصلى ينقضى ولكن تبقى مع ذلك ضماناته أى ملحقاته فتلحق بالدين الجديد الذى ترتب فى ذمة المدين بسبب قيام الدافع بدفعه الدين نيابة عنه . ولكن لا يمكن الاخذ بهذا الرأى لأنه لا يتفق مع الواقع

المستفاد من الحلول ، لأن الذى ينتقل الى الدافع ليس فقط ملحقات الدين ، بل الذى ينتقل اليه هو الدين نفسه وملحقاته — وفوق ذلك فان هذا الرأى يتعارض مع نصوص القانون الفرنسى حيث تقرر المادة ١٢٥٠ فى فقرتها الاولى بان الدافع يحل محل الدائن فى جميع حقوقه ودعاويه وامتيازاته ورهوناته ضد المدين . لذا لم يؤخذ بهذا الرأى وتركه رجال الفقه جانباً لأنه فى احتياله على تحليل الحلول وبيان أصله قد زاده غموضا فوق غموضه.

أما الآن فان القانونيين يقولون بما كان يقوله بوتييه من قبل بان الحلول هو تصوير على سبيل المجاز والخيال أو هو مجاز قانونى[1] أو فرض قانونى اذ يفترض فيه بقاء الدين بعد انقضائه . ولكن علامَ هذا التحايل فى تصيد أسباب قانونية للحلول والتعمل فى استجلاء كيانه القانونى ؟ أليس المجاز والفرض قد كان من أخص خصائص الرومان فى تحليل مبادئهم القانونية وكان وقفاً عليهم دون غيرهم نظراً لما حف بهم من ظروف خاصة جعلتهم محافظين وقت أن كانوا مقلدين ؟ أى كانوا يتنكرون الانظمة القانونية الحديثة ويفرغونها من طريق التصوير والمجاز فى قالب رومانى بحت حتى يوفقوا بذلك بين تقاليدهم الاولى والضرورات الاجتماعية والعمرانية الحديثة الجارفة . فما هى حاجة القانونيين فى الوقت الحاضر الى هذا المجاز والبعد عن مواجهة الحقائق وجهاً لوجه وقد اختلفت المناهج التشريعية العصرية عن مناهج الرومان وليس الشارع الآن فى حاجة الى المجاز بل هو يأمر وينهى مباشرة

٤٢٠ — والحقيقة فى الحلول كما لاحظ كولين وكابتان بحق[2] أنه مظهر من المظاهر العديدة للاشكالات[3] والتعارض الذى يقع كثيراً بين المنطق القانونى المحض[4] وضرورات الحياة . والشارع ، بما له من واسع السلطان وقوة الاشراف ، فصل هذه عن تلك . هذه هى الحقيقة فلا محل لاخفائها والحلول لم يخرج عن كونه عملية قانونية ذات وجهين[5] اذ ترجع بالاول منهما الى ملحقات الوفاء ونتائجه ،

---

(١) fiction de droit (٢) ج ٢ ص ٩٢ (٣) confits (٤) logique juridique
(٥) opération hybride

وترجع بالوجه الثانى الى بيع الحقوق واسقاطها مع بعض الاختلاف فى الخصائص الاساسية لهذا النوع من البيع

هذا ما قالة الشارحون الفرنسيون بشأن قانونهم و بشأن ما قررته المادة ١٢٥٠ مدنى فرنسى حيث قررت كما ذكرنا بان الدائن يحل محل المدين فى حقوقه ودعاويه ، أى أن الدين الاصلى لم يزل بل هو باق وبقيت معه ملحقاته وهى ضماناته من رهن وامتياز وغير ذلك

٤٢١ — لكن القانون المصرى خلف النص الفرنسى : ذلك لانه بدأ فصل الوفاء بأن الوفاء لا يصح الا من المدين نفسه اذا كان لشخصه اعتبار خاص فى الالتزام (المادة ١٥٩ / ٢٢٢ مدنى)

وإذا كان الوفاء عبارة عن دفع مبلغ من النقود أو أى شيء جنسى[(١)] صح فيه الدفع أو الوفاء من الغير (١٦٠ / ٢٣٣ مدنى) واذا حصل الوفاء من الغير جاز لهذا الاخير الرجوع على المدين بما استفاده المدين وبقدر ما دفعه (١٦١ / ٢٢٤ مدنى) ولاجل حماية الغير وهو من دفع الدين قرر له القانون بقاء ضمانات الدين المدفوع . وتقررت هذه الضمانات بالمادة ١٦٢ / ٢٢٥ مدنى وهى تخالف المادة ١٢٥٠ فرنسى . ويجب مراجعة المادة المصرية هذه فى صيغتها الفرنسية لانها واضحة اذ وردت ترجمتها العربية ناقصة[(٢)]

ولزيادة الايضاح نورد النص المصرى الفرنسى العبارة ثم نصه العربى كما ورد بالقانون ثم نخرج نحن النص الفرنسى الى العربى بما يطابق أصله تماماً[(٣)]

أما الصحيح فيجب أن تكون الترجمة كما يأتى :

« وله تأميناً لهذا الدين الجديد نفس الضمانات التى كانت موجودة فى مصلحة الدين المنقضى ، وذلك فى الاحوال الآتيه فقط »

---

(١) in genere (٢) حيث أغفلت الترجمة كلمة éteinte أى الزائل أو المنقضى وهى الكلمة التى وردت عقب الالتزام obligation أى الدين المدفوع وأغفلت كلمة الجديد nouvelle الواردة عقب الدين créance ، أى الدين الجديد (٣) النص الفرنسى العبارة للمادة ١٦٢/٢٢٥ مدنى .
"il a pour sûrté de cette nouvelle créance, les mèmes garanties qui existaient au profit de l'obligation éteinte dans les cas suivants seulement " النص العربى كما ورد بالقانون : « التأمينات التى كانت على الدين الاصلى تكون تأميناً لمن دفعه فى الاحوال الآتية فقط »

وبذا يقول الشارع المصرى ان الدين القديم قد زال ، وهذا يخالف ما قرره الشارع الفرنسى بالمادة ١٢٥٠ ، وانه انقضى وأصبحت ذمة المدين بريئة منه . وانه مع زوال هذا الدين قد تكوّن دين جديد [١] ، الدائن فيه مختلف عن الدائن الاول ، وهنا وجه الشبه بين الحلول واستبدال الدين [٢] ، زال فيه الدائن الاول وظهر دائن جديد ، وقد عفا الدين القديم ولكن لم تعف ضماناته بل بقيت فى مصلحة الدائن الجديد وهنا وجه الشبه بين الحلول وبيع الحقوق

ولكن هل هذا التغيير من جانب الشارع المصرى يكون من آثاره عدم الوقوع فيما وقع فيه المفسرون الفرنسيون فى بيان كيان الحلول ؟ أى هل من شأن المادة ١٦٢/ ٢٢٥ مدنى مصرى أن توصد أبواب الجدل فى بيان التحليل القانونى للحلول وكيانه العلمى ؟ نقول لا . والذى يبين لنا أن الشارع المصرى أراد أن يأخذ بالرأى الاول الذى قال به بعض المفسرين الفرنسيين فى أن الدين الاصلى يزول وتبقى ملحقاته فتنتقل الى الدافع . ولقد رأينا أن هذا الرأي لا يتفق مع الحقيقة الواقعة لان الذى ينتقل الى الدافع ليس فقط الملحقات بل الدين الاصلى وملحقاته . و يظهر أن الشارع المصرى صاغ المادة ١٦١ / ٢٢٤ حتى تكون فى تجانس مع المادة ١٦٢/ ٢٢٥ بان جعل حق الدافع قبل المدين الاصلى منحصراً فى الرجوع عليه بما استفاده المدين و بقدر ما دفعه الدافع . ويريد الشارع المصرى بذلك أن يوهم بان الدين القديم قد زال من عالم الوجود وحل محله دين آخر ولذا أشار بالمادة التاليـة وهى ١٦٢ / ٢٢٥ الى الدين الزائل والدين الجديد

وبرغم ذلك فان باب الجدل مفتوح على مصراعيه لان هذا الاحتيال من جانب الشرع المصرى على الاخذ بالرأى الاول فى زوال الدين وبقاء ملحقاته لا يؤثر على الحقيقة الواقعة وهو أن الدين القديم يزول ويبقى فى آن واحد ، وأن هذا الزوال والبقاء ، ولو انهما متعارضان ، الا أنهما صورة حيوية اقتضتها ضرورات المعاملات

---

(١) ويقضى القضاء المصرى بذلك . وقد رتب عليه هذه النتيجة الهامة ان الدين الجديد هذا لا يسقط بالمدة التى كانت مقررة للدين القديم الزائل . فاذا دفع اجنبي الى المؤجر الاجرة المستحقه له وحل محله فى حقوقه كان الدين الذى اصبح له فى ذمة المستأجر ديناً عادياً يسقط بمضى ١٥ سنه لا خمس سنوات : جزئى ٢٤ فبراير سنة ٩١٨ م ر ١ ، ١٩ ، ١٤٩ (٢) novation

وأمر بها الشارع بقوة سلطانه وسعة اشرافه كما قال بحق كولين وكابتان . وأما ما قاله دى هلس [1] من وجود اختلاف عظيم بين القانونيين المصرى والفرنسى فلا نستطيع الاخذ به لما تقدم ولانه ان صح الاختلاف تشريعاً من حيث اللفظ والتعبير فان حقيقة الحلول واحدة هنا وهناك . فاذا قال الشارع هناك بحلول الدافع محل الدائن فى الحقوق والدعاوى (مع أن الدين الاصلى قد انقضى وزال) وقال الشارع هنا بزوال الدين وبقاء ملحقاته (مع أنه لا سبيل الى التوفيق منطقياً بين الزوال والبقاء) فانهما مهما قالا واحتالا فى التعبير فان الحقيقة الواقعة أن الحلول ضرورة عملية اجتماعية هامة ذات ثلاثة وجوه لا وجهين [2] . وأما نحن فنقول بثلاثة وجوه اذ يجتمع فيها أشباه ونظائر مختلفة من الوفاء وبيع الحقوق واستبدال الديون

والآن نتكلم على الحلول بالرضاء والحلول بالقانون ونتائج الحلول . ثم نعقد كلمة أخيرة لبيان الفروق بين الحلول وبيع الحقوق واستبدال الديون

م — فى الحلول بالرضاء

٤٢٢ — الحلول بالرضاء [3] على نوعين حلول بالرضاء بين الدافع والدائن أو بين المدين والدافع

§ ١ — فى الحلول برضاء الدائن

٤٢٣ — قد يتفق الدافع مع الدائن على أن يفيه بدينه فى مقابل أن يحل الدافع محل الدائن فى جميع حقوقه الخاصة بالدين . ويحصل ذلك لمناسبات عدة تطرأ على الدائن . فهو اما أن يكون فى حاجة الى دينه حالا بينما الوفاء به معقود بأجل . واما انه يرمى الى أن يتحاشى مقاضاة خصمه أمام القضاء . والحلول فى الحالة الاولى أظهر فى المجالات العملية

ويحصل الحلول بأي صيغة كانت على شرط افادة الحلول

وللحلول هذا شرط من حيث الشكل وشرط من حيث الموضوع

---

(١) ج ٢ ص ٧٦ ن ٨٤ (٢) قال بالوجهين كولين وكابتان ج٢ص٩٣ اول سطر من الصفحة
(٣) subrogation conventionnelle

٤٢٤ — الشكل : يجب فى القانون المختلط أن يكون رضاء الدائن حاصلا بعقد رسمى (المادة ٢٢٥ فقرة ١) وأما القانون الاهلى فانه لم يشترط هذا الشرط (المادة ١٦٢ فقرة ١) ونعم القانون الاهلى كما فعل القانون الفرنسى فى عدم الاخذ بهذا القيد الذى ليس وراءه فائدة جدية

٤٢٥ — الموضوع : لابد من توافر شرطين من حيث الموضوع :

الشرط الاول : يجب أن تكون عبارة الحلول صحيحة (المادة ١٢٥٠ الفقرة الاولى فرنسى) بمعنى أن عبارة الحلول لاتترك محلا للشك وليس من الضرورى استعمال كلمة الحلول بل يصح استعمال جمل أخرى تؤدى معني الحلول[١]

الشرط الثانى : يجب أن يحصل الرضاء بالحلول فى وقت قبض الدائن دينه من الدافع (المادة ١٦٢ / ٢٢٥ مدنى فقرة ١ و١٢٥٠ فرنسى فقرة ١) أما اذا حصل الرضاء بالحلول بعد تمام الوفاء فانه يكون قد أزف الوقت اذ يكون الدين منقضياً وزائلا من عالم الوجود[٢]

واذا كان الحلول لا يصح بعد الوفاء فهو كذلك لا يصح قبله . ولقد اعتادت شركات التأمين عن الحريق أو الحوادث الاخري أن تضع شرطا خاصا بصك التأمين يقضى بأن الشخص المؤمن له يلتزم بأن يجعل الشركة تحل محله فى جميع الحقوق والدعاوى ضد الغير فى حالة ما اذا كان هذا الغير متهما بالحادث أو بالحريق أو كان جاراً أو مستأجراً . وان كانت الشركة تسمى هـذا الشرط بشرط الحلول الا انه فى الحقيقة ليس كذلك انما هو تنازل عن حق محتمل[٣] ويترتب على ذلك ما يأتى :

---

(١) ويجب عدم تنازل الدائنين عن الضمانات المقررة بديونهم وقت الوفاء اليهم اما اذا تنازلوا عنها وقت الوفاء فلا يعتبر بان هناك حلولا: ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠، ٣٢، ١٦٠ ـ ويحتج بالحلول على الغير دون الحاجة الى أى اجراآت خاصة: ٢ يونيو سنة ١٩٢١، ٣٣، ٣٦٠ (٢) ولا عبرة بعقد الحلول اذا حصل بعد الوفاء بسبع سنوات لانه يجب فى الحلول ان يحصل فى ان واحد مع الوفاء simultanéité ولا محل هنا للاخذ بما قرره القضاء فى صحة الحلول اذا كان هناك وقت بينه وبين الوفاء فيما اذا كان قد اودع المبلغ لدى الدائن حتى يحصل تحرير عقد الحلول لو حصل الاتفاق بالحلول ثم ارجىء تحرير العقد الى وقت مقبل: ٧ فبراير سنة ١٩٢٤، ٣٦، ٢١٦ (٣) د ، ٩٨ ، ٣ ، ٤٢٥

١ — لا تستطيع شركة التأمين الرجوع على الغير وهو المسئول عن الحريق أو الحادث ، الا اذا راعت القيود القانونية الخاصة باسقاط الحقوق أي التنازل عن الحقوق وهى اخبار الغير أو المدين بالاسقاط (أى التنازل) (المادة ٤٣٦ مدنى مختلط فقرة ١ والمادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى) أى اعلان الغير بصك التأمين — أو أخذ رضاء المدين وهو الغير [1]

٢ — يجوز لشركة التأمين عند وقوع الحادث أو حصول الحريق أن تقاضى الغير المسئول مباشرة . بمعني انه يجوز لها أن توقع حجزاً تحت يد الشركة المؤمنة لهذا الغير على ما أمن به هو لنفسه عما يقع منه ، وذلك دون أن تنتظر تسوية التعويض بينها وبين الشخص المؤمن عندها

وما دام أن هذا الشرط هو اسقاط كان الواجب على ذلك منطقياً أن المسقط اليه يستفيد بكل الدين المترتب فى ذمة المدين لدائنه . بمعنى انه اذا كان مبلغ التعويض الذى تتقاضاه شركة التأمين من الغير وهو المتهم أكبر من التعويض الذى يتقاضاه الشخص المؤمن عليه من الشركة المؤمنة . فانها فى حل من أخذ الفرق لنفسها لانه نتيجة حتمية للاسقاط اذ بالاسقاط يتنازل المسقط عن كل ما له فى مقابل يأخذه نظير أن المسقط اليه يستفيد من الدين برمته . ولكن المقى به فى هذه الحالة هو أن الاسقاط هذا فى حالة التأمين لا يحصل الا بقدر ما تدفعه الشركة للشخص المؤمن عليه عندها . وأما ما زاد عن ذلك فليس لها الحق فيه بل هو من حق المؤمن عليه ، وهو المجنى عليه فى الحادث أو الحريق [2] أى ان الاسقاط مقيد . والقيد هذا ضمنى

§ ٢ — فى الحلول برضاء المدين

٤٣٦ — يحصل أن المدين يسعى فى الافلات من يد دائنه الذى يضايقه من وقت لآخر فيقترض مبلغاً من المال يدفع به دينه مقابل أن يحل المقرض محل الدائن فى جميع حقوقه ودعاويه وذلك برغم ارادة الدائن مادام أنه قد استلم دينه ولامصلحة

(١) المادة ٣٤٩ مدنى أهلى والعبارة الاخيرة من المادة ٤٣٦ مختلط المدلة بدكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٩٤

له في الضمانات التي كانت حامية له وفي ذلك مصلحة المدين ومصلحة للمالي المقرض الذي سيحل محل الدائن ، وبوجه عام فيه مصلحة اقتصادية عامة . وقد نص الشارع الفرنسي على هذه الحالة بالمادة ١٢٥٠ فقرة ٢ واشترط في عقد القرض وفي الايصال بالوفاء أن يكونا رسميين وأن يكون منوهاً بأولها أن الغرض من القرض هو الوفاء ، وبثانيهما بان الوفاء حصل من مبلغ القرض . وقد نقل الشارع المختلط هذه المادة الفرنسية ١٢٥٠ فقرة ٢ في المادة ٢٢٧ مدني مختلط ولكن الشارع الاهلي عندما رأى أن ينقل المادة ٢٢٧ مدني مختلط هذه لم يشأ أن يقرر رسمية عقد القرض والمخالصة في الوفاء بل أطلق المادة ١٦٤ مدني أهلي من كل قيد رسمي ، وهو ذلك القيد الذي ورثه القانون الفرنسي بالمادة ١٢٥٠ فقرة ٢ عن تصريح هنري الرابع سنة ١٦٠٩ . وخيراً فعل القانون الاهلي كما أن القانون المختلط لم يحسن العمل بتقريره هذا القيد .

والحكمة من قيد الرسمية في عقد القرض هو منع حصول هذا الغش والتدليس من جانب المدين . وذلك أنه اذا اقترض مدين ورهن عقاره لثلاثة من الدائنين في تواريخ مختلفة ودفع الدين لأولهم أصبح ثانيهم في المرتبة الاولى فاذا احتاج بعد ذلك لنقود فانه يخشى أن يحصل عليها من الغير ويتفق معه على أن هذه النقود انما استخدمت للوفاء بدين الدائن الاول ويحرر سنداً ويجعل تاريخه متقدماً عن تاريخ القرض (١) وبذلك يضر الدائن الثاني الذي أصبح في المرتبة الاولى بعد الوفاء بدين الاول . ومنعاً لهذا الغش قرر القانون الفرنسي والمختلط دون الاهلي رسمية عقد القرض والمخالصة معاً (٢)

وكان يكفي تقرير التاريخ الثابت جرياً مع المادة ٦٠١ فقرة ٧ / ٧٢٧ مدني . على أن عدم النص على ضرورة اثبات التاريخ لا يستفاد منه مطلقا بأن شرط اثبات التاريخ ليس محتما . لان هذا الشرط واجب حتما ما دامت أمارات الغيرية قائمة بين المقرض وبقية الدائنين المرتهنين ولذلك نقول بأن المادة ١٦٤ مدني أهلي ولو أنها لم تنص على ضرورة اثبات تاريخ عقد القرض فان توافر هذا الشرط مع ذلك لازم فيها لا يمكن للمقرض الافلات منه وذلك أخذا بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ١٤٢/٢٠٣

(١) antidaté (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٩٥

مدنى وبالمادة ٢٢٨/٢٩٣ مدنى . واذا كان القانون المصرى نص على اثبات التاريخ في حالة الامتياز بالمــادة ٦٠١ / ٧٢٧ فلم يخرج ذلك عن كونه تطبيقاً للنظرية العامة المقررة بالمادتين ١٤٢ / ٢٠٣ مدنى و ٢٢٨/ ٢٩٣ مدنى .

هذا وكان يجب أن تكون المادة ٢٢٧ مدنى مختلط مندمجة وواردة مع المادة ٢٢٥ مدنى مختلط وهى التى عددت أحوال الحلول اذ لا معنى لفصل حالة المادة ٢٢٧ عن أحوال المادة ٢٢٥

وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الاهلى اذ لا معني لعزل المادة ١٦٤ الخاصة بحالة القرض والوفاء عن المادة ١٦٢ التى ذكرت أحوال الحلول

وفى ورود الرسمية فى حالة القرض بالمادة ٢٢٧ مدنى مختلط تناقض ظاهر مع المادة ٧٢٧ مدنى مختلط [1] ذلك لان هذه المادة تقرر بالفقرة ٦ منها بأن من الديون الممتازة ثمن المبيع فيما اذا دفع الثمن من الغــير ، أى غير المشترى وكان الدفع مثبوتاً بسند ثابت التاريخ . بينما تقرر المادة ٢٢٧ بأن المبلغ المدفوع ثمنا للصفقة يجب أن يكون بعقد رسمى حتى يتم الحلول

أما القانون الاهلى فلا تناقض فيه اذ المادة ٦٠١ فقرة ٧ المقابلة للمادة ٧٢٧ مدنى مختلط فقرة ٦ تقول هى أيضاً بالتاريخ الثابت فى تقرير الامتياز . ولا تعارض فى ذلك مع المادة ١٦٤ مدنى أهلى التى لا تحتم رسمية عقد القرض

هذا وقد قرر قانون التسجيل الصادر أخيراً فى ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقمى ١٨ و ١٩ بالمادة ١٣ بأنه « لا يصح التمسك فى وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقاري أو امتياز عقارى ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذه الحقوق بحكم القانون أو الاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن ترتيب الرهن العقارى الا اذا حصل بذلك بهامش التسجيل الاصلى . ويتم التأشير بناء على طلب المحول اليه أو الدائن المرتهن أو الذى حل محل الدائن السابق . ويشتمل التأشير أولا: على تاريخ السند وصفته ، ثانياً : على أسماء الطرفين والقابهم وصناعاتهم ومحل اقامتهم ، ثالثا : على بيان التسجيل الاصلى مع نمرته المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة السجل ٢٢ »

(١) دى هلس ج ٢ ص ٨٠ ن ٩٩ فقرة ٣

د — فى الحلول بالقانون

٤٢٧ — الحلول بالقانون يحصل بقوة القانون وسلطانه [١] دون الحاجة الى رضاء الطرفين فيه . وقد وردت أنواع هذا الحلول بالمادة ١٦٢ / ٢٣٥ مدنى و ١٢٥١ فرنسى وبمواد أخرى متفرقة .

وتنقسم هذه الأنواع الى طائفتين

٤٢٨ — الطائفة الأولى : الأحوال التى تدخل ضمن هـذه الطائفة هى الأحوال التى يكون فيها الدافع ملزماً بالدين هو الآخر مع المدين (المادة ١٦٢ فقرة ٢ / ٢٢٥ مدنى) فاذا طالبه الدائن وجب عليه الوفاء والعدل يقضى فى هذه الحالة أن تقرر له الضمانات التى كانت مقررة للدين الموفى به حتى يضمن بذلك مغبّة الرجوع بما دفعه عن المدين الأصلى كلاً أو بعضاً على حسب مقدار المنفعة التى تعود على المدين وحده من الدين . وأحوال هذه الطائفة هى :

١) يحصل الحلول بقوة القانون : « اذا كان الدافع ملزماً بالدين مع المدين أو بوفائه عنه » (المادة ١٦٢ فقرة ٢ / ٢٢٥ مدنى و ١٢٥١ فقرة ٣ فرنسى) . وتشمل هذه الصيغة العامة الاشكال المختلفة التى يتصف بها الدافع . والدافع إما أن يكون مديناً أصلياً [٢] فى التزام بالتضامن أو فى التزام غير قابل للتجزئة ، وإما أن يكون مديناً تابعاً أو منضماً [٣] كأن يكون كفيلاً بشخصه أو كفيلاً بماله [٤] وهو الكفيل الذى يرهن عقاره ضماناً لدين ليس له شأن فيه ، وإما أن يكون حائزاً للعقار [٥] بأن يكون مشترياً مثلا للعقار المرهون .

فاذا جاء المدين المنضم باعتباره كفيلاً بشخصه أو كفيلاً بماله أو حائزاً للعقار ودفع الدين الخاص بالمدين الاصلى حل حينئذ محل الدائن الموفى بحقه فى جميع حقوقه ودعاويه ورجع بكل ما دفعه على المدين الأصلى [٦] .

أما اذا كان الدافع مديناً بالاشتراك مع المدين الأصلى [٧] فلا يرجع على هـذا

---

(١) ipso jure (٢) débiteur principal (٣) débiteur accessoire
(٤) caution réelle (٥) tiers détenteur (٦) ٦ مارس سنة ٩١٩ ، ٣١ ، ١٩٦
(٧) codébiteur .

الأخير الا بقدر ما انتفع به المدين الأصلى من هذا الوفاء أى لا يرجع بكل الدين وذلك لانه دفع أيضاً عن نفسه قيمة ما اشتغلت به ذمته (المادة ١١٥/١٧١ مدنى و١٢١٤ فرنسى).

وقرر القضاء الفرنسى حالة ألحقها بهذه الاحوال الخاصة بالمادة ١٢٥١ فقرة ٣. وهى ما اذا كان الدافع مسئولا بطبيعة صناعته عن نتائج اهماله فى القيام بالاجراآت المطالب بها. وفى هذه الحالة يعتبر كأنه ملزم بالوفاء بالنيابة عن المدين [1] وهذا الرأى من الوجاهة بمكان ويمكن تعميمه على جميع الاحوال المشابهة [2]

وعلى العكس من ذلك ،القضاء الفرنسى فانه لم يشأ تقرير الحلول القانونى وامتيازاته للشركة المؤمنة فيما يتعلق بالحقوق التى تقرر للشخص المؤمن له ضد الغير المنسوب له الحادث [3] وذلك لان المؤمن في دفعه المبلغ للمؤمن له انما يدفع ديناً شخصياً التزم به بمقتضى عقد التأمين وانه لا علاقة البتة بين دين المؤمن الناشىء عن عقد التأمين والتزام الغير الناشىء عن العمل المسبب لحدوث الحادث. ولا يمكن القول مطلقاً بان المؤمن كان مسئولا مع الغير وهو المتهم ، عن دين واحد [4] وهذا الرأى وجيه من الوجهة القانونية ولكنه محل نظر من وجهة العدالة

٢ — ويحصل الحلول بقوة القانون فى مصلحة مشترى العقار ، الذى يخصص ثمن الصفقة للوفاء بديون الدائنين المرتهنين للعقار. وهذا ما تقول به المادة ١٦٢ فقرة ٣ العبارة ٢ / ٢٢٥ فقرة ٣ العبارة ٢ مدنى و١٢٥١ فقرة ٢ فرنسى. حيث قررت ما يأتى: « ثالثاً — اذا كان الدافع دائناً ووفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أو الرهن أو أدى ثمن عقار اشتراه للدائنين المرتهنين لذلك العقار ». وذلك لان المشترى ملزم اما بالتخلى عن العقار المرهون للدائن المرتهن من حق التتبع ، واما بدفع دين الدائن المرتهن. فاذا دفع الدين حل بقوة القانون محل الدائن المرتهن الموفى بدينه (المادة ٥٧٥ ٦٩٨ مدنى و٢١٦٨ فرنسى)

ويلاحظ على المادة المذكورة ما يأتى:

---

(١) د، ٩٠، ١، ٧١ . ـ س، ٨٩، ١، ١٢١ (٢) د، ٩٩، ١، ٢٤٦ . ـ س، ٩٠٢، ١، ٢٧٧
(٣) د، ٧٨، ١، ٣٤٥ . ـ س، ٧٨، ١، ٤١٣ (٤) كولين وكابتان ج٢ ص٩٦

١) **من الوجهة التشريعية** : ما كانت هناك حاجة للنص على حالة المشترى للعقار بنص خاص قائم بذاته لان الحلول القانونى حتمى فى هـذه الحالة اذ يدخل المشترى الذى دفع الدين للدائن المرتهن ضمن الفقرة ٢ من المادة ١٦٢/٢٢٥ مدنى والفقرة ٣ من المـادة ١٢٥١ فرنسى ، لانه ملزم بالوفاء ، مع المدين ، فاذا لم يدفع وجبت عليه التخلية [1] تنفيذاً لحق التتبع المقرر للدائن المرتهن [2]

٢) **من الوجهة الموضوعية** : المشترى الحائز للعقار المرهون واحدة من أربع طرق . اذ له : ١) إما دفع الدين ويحل محل الدائن فى حقوقه . ــ ٢) واما أن يعرض الثمن على جماعة الدائنين المرتهنين . ــ ٣) واما أن يتخلى عن العقار . ٤) واما أن يتحمل الاجراءآت القضائية فى نزع الملكية (المادة ٥٧٥/٦٩٨ مدنى و ٢١٦٨ فرنسى) فلماذا حينئذ يختار المشترى الطريقة الاولى دون الثانية ؟ مع أن فى الاولى خطراً محدقاً به . لأنه مع وفائه بدين الدائن الاول وحلوله مكانه فى جميع حقوقه يظل مهدداً مع ذلك من جانب الدائنين الآخرين اللاحقين فى ترتيبهم حيث يمكنهم أن يطالبوا هم الآخرون بحق تتبع العقار [3] ويعملون على بيعه بالمزاد الجبرى (المادة ٥٧٣/٦٩٧ مدنى و ٢١٦٦ فرنسى) . أليس الافضل له أن يختار الحق الثانى وهو عرض الثمن على جماعة الدائنين يوزعونه فيما بينهم وبذلك يتحرر العقار من كل رهن ويزول ما تحمل به من الحقوق العينية العقارية وهذا ما يسمى بعملية التطهير أى تخليص العقار من الرهون [4] وليس فى اجراءات التطهير من التعقيد بقدر ما يحدق به من خطر حق تتبع الدائنين اللاحقين . الاعتراض وجيه فى ذاته ولكن قد تقع حالات يصح الاخذ فيها بالطريقة الاولى وهى الحلول باعتبارها أنها أفضل من عملية التطهير . ذلك أنه يحتمل أن يكون المشتري واثقا بانه دفع فى الصفقة أكبر ثمن تقدر به . فاذا دفع مبلغ الثمن هذا الى الدائن الاول فقد توفرت عليه وقتئذ مصاريف العرض واجراءاته ، وهو فى الغالب يفلت فى هذه الحالة من

---

(١) délaisser l'immeuble المواد ٥٧٤ / ٦٩٧ و ٥٧٥ و ٥٨٥ / ٦٩٨ و ٧٠٩

(٢) ٥٧٣ / ٦٩٧ مدنى و ٢١٦٦ فرنسي (٣) droit de suite (٤) purge

خطر احتمال حق تتبع الدائنين اللاحقين الآخرين الذين يأتون فى مراتب الرهن بعد مرتبة الدائن المرتهن الذي قبض دينه وانصرف : ولكن ما هى كيفية الخلاص من هذا الخطر المحتمل ؟ الخلاص منه هو أنه بوفائه بدين الدائن الاول فقد حل محله بالحلول القانونى . أي أصبح وكأنه له رهن على عقاره هو ، أى محمل برهن له على نفسه . وفى هذه الحالة يتحاشى الدائنون اللاحقون عن المضى فى سبيل العمل بحق التتبع وبيع العقار بالمزاد الجبرى ، لانهم اذا فعلوا ذلك رأوا أن المشتري الحائز العقار والحال محل الدائن الاول اصبح مقدما عليهم عند توزيع الثمن فيدفع الثمن له وحده وفاء بدينه ولا يبقى لهم شيء ما ، وقد يخرجون بعد هذه الاجراءآت الطويلة والمصاريف العديدة دون أن يصيبوا النذر القليل فىالوفاء بديونهم . وبالطريقة الاولى هذه يصبح المشترى وكأنه قد قام بعملية تطهير العقار من الحقوق العينية المحمل بها . اذ النتيجة فى الحالتين سواء وبذا يقتصد اجراءات ومصاريف التطهير (المواد ٥٧٦ ـ ٥٨٣/٧٠٢ ـ ٧٠٦ مدنى الخاصة ببيان الاجراءآت)

٤٢٩ — الطائفة الثانية : هذه الطائفة خاصة بمن يدفع الدين ولم يكن ملزماً بالوفاء مع المدين الاصلى أو لأجله . ويحصل ذلك فيما يأتى :

١ ـ « اذا كان الدافع دائنا ووفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أوالرهن العقارى . » (المادة ١٦٢/٢٢٥ مدنى و ١٢٥١ فقرة ١ فرنسى) ويقع الحلول بقوة القانون سواء كان الدافع دائناً عاديا أو دائنا مرتهنا وكان متأخراً فى الدرجة . ولكن ماهى مصلحة الدافع حينئذ فىهذا الدفع ، والىأي شيء يرمى؟ تظهر مصلحته فىحالتين

الحالة الاولى : يحصل أن الدائن المتقدم فى الدرجة يسارع الى نزع الملكية والبيع الجبري فى وقت يلحظ فيه الدافع بأنه وقت بخس فى الاثمان . ويخشى الدافع انه لو ترك البيع الجبري يجرى فى مجراه لكان من شأن بخس الثمن أن يخرج ولم يتقاض دينه ولذا يتطوع بلوفاء لهذا الدائن المسارع ويحل محله ويتحين الفرص المناسبة فى غلاء الاثمان فيصيب الوفاء بدينه كاملا . هذا الدافع مضارب[1] وهو يعمل

(١) spéculateur

كما يعمل المضاربون فى البورصة فى تأجيل الوفاء [1] الى زمن مستقبل وهم يرجون كسباً محتملا

الحالة الثانية : يحصل أن ينال الدافع ضمانات أخري غير المقررة على العقار المرهون وذلك فى فرنسا فى حالة ما اذا كان للدائن الموفى بدينه رهن عام [2] يتناول عقارات أخرى [3] وفى مصر فى حالة ما اذا كانت له رهون على عقارات أخرى

هذا وقد لاحظ الشارحون نقصاً تشريعياً فى هذه الحالة الخاصة بالدفع من قبل دائن مرتهن متأخر فى الدرجة وفاء لدين دائن مرتهن مقدم عنه، اذ الحلول القانونى لا يصح هنا الا اذا كان الدائن الدافع متأخراً عن الدائن الموفى بدينه . فاذا أراد دائن مقدم فى المرتبة أن يدفع لدائن متأخر عنه دينه فلا يستطيع الحلول محله بالقانون، لان القانون لم ينص الا على حالة الدائن المتأخر الذى يدفع للدائن المتقدم ، لا الدائن المتقدم الذي يدفع للدائن المتأخر . نعم وان كان هذا النقص صحيحاً وان الحلول بالقانون لا بد فيه من نص، إلا أن الحلول بالرضاء فى هذه الحالة أمر يكاد يكون حتمياً بين الدافع والمدفوع اليه. اذ مصلحة هذا الاخير تقضى عليه بأن لا يتردد مطلقا فى احلال الدافع له محله مادام انه يأخذ دينه وينصرف [4] ولكن ماهى مصلحة الدافع فى هذه الحالة وهو مقدم فى ضماناته عمن يدفع اليه ؟ ومصلحته فى انه ربما يرى من الدائن المتأخر رغبة فى العمل بحق التتبع المقرر له باعتباره دائنا مرتهنا أو انه يرى أن لا يكون معه أمام القضاء معارض وقت التوزيع وترتيب درجات الدائنين [5]

٢ — نص القانون الفرنسى على حالة الوارث بشرط الجرد [6] (المادة ١٢٥٤ فقرة ٤) فيما اذا دفع ديناً مطلوباً على تركة مورثه وكان الدفع حاصلا من ماله الخاص وهو يرمى بذلك الى توفير مصاريف مقاضاة التركة فى وجه الورثة جميعا بمعرفة دائني التركة ، وأن يحول دون بيعها ببخس الثمن فى المزاد الجبرى . هذا الحلول القانونى لم ينص عليه القانون المصرى أهليا كان أو مختلطا ولكن يجوز الاخذ به

---

(١) se faire reporter (٢) hypothèque générale (٣) د ، ٩٠٩ ، ١ ، ٢٢٥ ومثال « دى لوان de Loynes - س ، ٩٠٦ ، ١ ، ٨٩ ، ٤ ومثال « موريس بيرنار Maurice Bernard » (٤) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٩٨ (٥) procédure d'ordre (٦) héritier sous bénéfice d'inventaire أو héritier bénéficiaire

٣ — نص القانون الفرنسى الصادر فى ٩ ابريل سنة ١٨٩٨ الخاص بحوادث العمل بانه اذا دفع رب العمل قيمة المطلوب منه للعامل لمناسبة الحادث الذى وقع اضراراً بهذا الاخير، فلصاحب المصنع هذا حق الرجوع، بطريق الحلول القانونى، على المسئول عن الحادث، وهو فى ذلك يعمل بالحقوق المقررة للمصاب قبل المسئول عن الحادث

هذا القانون الخاص بحوادث العمل لا شبيه له بمصر . وما كان هذا الحلول القانونى يدخل فى منطوق المادة ١٢٥١ فرنسى المقابلة للمادة ١٦٢ / ٢٢٥ مصرى بل كان لا بد فيه من نص صريح بقانون خاص. ذلك لان دين صاحب المصنع قبل العامل هو غير دين المسئول عن الحادث قبل العامل المصاب : لان صاحب المصنع مسئول بمقتضى مبدأ مخاطر الحرفة [١] أما المتسبب فى الحادث فانه مسئول عن جنحته أو شبه جنحته طبقا للمادتين ١٣٨٢ و١٣٨٣ فرنسى المقررتين للمسئولية بوجه عام وهما المقابلتان للمواد ١٥١ / ٢١٢ — ٢١٣ مدنى مصرى

ومع عدم وجود قانون لحوادث العمال بمصر وعدم النص الصريح على الحلول القانونى لا يمكن الاخذ بالحلول القانونى بمصر فى هذه الاحوال ، ولو أننا نقول دائما وأبداً وبلا تردد بضرورة الاخذ بنظرية مخاطر الحرفة [٢] مخالفين فى ذلك القضاء المصرى الاهلى والمختلط ومؤيدين فيه ببعض أحكام القضاء الفرنسى قبل سنة ١٨٩٨ وبعدها . ومع أخذنا بنظرية مخاطر الحرفة فانه لا بد من نص لان الدين المدفوع من رب العمل هو غير الدين المسئول عنه المتسبب فى الحادث . وقد لاحظنا أن وحدة الدين فى الحلول أمر لا بد منه وبغير الوحدة لا يتحقق الحلول

هـ — فى نتائج الوفاء بالحلول

٤٣٠ — يسهل بعد ما تقدم معرفة هذه النتائج وقد ذكرناها عرضاً فيما سبق والاصل الذى تدور حوله هو أن الدافع يحل محل المدفوع اليه فى الدين وضمانات

(١) risque professionnel

(٢) risque professionnel

الدين[1] فهو يطالب بالدين وملحقات الدين. وهذا على خلاف ما قاله القانون المصرى بالنص فى المادة ١٦٢/٢٢٥ العبارة الاولى في أن الدين الاصلى يزول ويتكون دين جديد للدافع. وقد بينا عدم صحة هذا التعبير فى مكانه فلا حاجة للعودة اليه

٤٣١ — أما هذه النتائج فهى ما يأتى :

١) اذا كان الدين تجارياً جاز للدافع مخاصمة المدين أمام المحكمة التجارية

٢) اذا كان الدين المدفوع ثابتاً بسند رسمى فللدافع حق التنفيذ مباشرة على المدين دون الحاجة الى دعوى بتقرير الدين، الا اذا كان مبلغ الدين غير مصفى فانه لا بد من دعوى بالتصفية (المادة ٣٨٤/٤٣٧ مرافعات)

---

(١) واذا كان لدائن حق رهن على جملة عقارات ونزع ملكية احداها وبذا اضر بدائن اخر يأتى بعده فى المرتبة فى هذا العقار المنزوع ملكيته évincer فلا يجوز لهذا الدائن الآخر الادعاء بالحلول المقرر بالمادة ٢٢٥ مدنى مختلط الفقره ٣، اى يدعى حلوله محل الدائن نازع الملكية فى العقارات الاخرى: ٢٨فبراير سنة ٣٢،٩٢٠، ٣٨١، ــ راجع ٢٦، ٢٨٦ . ــ ٢٧، ٩٤. ــ ٣٠، ١١٥، و ٤٨٨ . ــ واذا دفع المشترى الثمن عن عقار مرهون للدائن المرتهن فانه يحل محل هذا الدائن فيما دفعه. ويحصل الحلول بقوة القانون بلا حاجة الى اى اجراء خاص : ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣، ٣٥، ٥٣٠ . ــ راجع ٢٧، ٩٤ . ــ ٣٣، ٢٦٥ . ــ ومن دفع عن المدين وحل محله فيما دفعه فلا يجوز له ان يطالب بتعويض باكثر من الفوائد القانونية المقررة بالمادة ١٨٢ مدنى مختلط : ٢٩ ديسمبر سنة ٩٢٣، ٣٦، ١٠٩ . ــ ولا يستفيد من الفقرة ٣ من المادة ٢٢٥ مدنى مختلط اى لا يجوز الاخذ بالحلول فى حالة ما اذا كان احد الدائنين المرتهين للعقار والمتأخر فى المرتبة عن زملائه قد اشترى العقار ورصد الثمن وفاء لديون زملائه السابقين عليه فى تاريخ الرهن ليوزع عليهم بالطرق القانونية، لا يجوز له الاخذ بالحلول فيما اذا لم يقيد اسمه فى قائمة التوزيع colloqué : ذلك لان الوفاء فى هذه الحالة من جانب هذا المشترى الدائن المتأخر فى المرتبة، الى الدائن المتقدم عنه فى المرتبة والذى يفضله وقت التوزيع qui le prime، هذا الوفاء انما المقصود به ان يفى هو بدينه الخاص به . الا انه مع ذلك يجب ان يخصم ما دفعه من المبلغ المطلوب توزيعه ٢٤ ابريل سنة ٩٢٣، ٣٥، ٣٩٨ . ــ وليس بالقانون ما يجعل الاخذ بالمادة ٢٢٥ مدنى مختلط فقرة ٣ مقصوراً فقط على العقار المرهون للدائن المدفوع اليه دينه . ومع ذلك لا يجوز للحائز للعقار التعرض للدائن الذى حل محل زميله بشأن هذا العقار والادعاء باسبقية تسجيل عقده لا بالنسبة للعقار المذكور، بل بالنسبة لعقار آخر مرهون للدائن الذى تسلم دينه وانصرف وحل محله من دفع له ٢٤ فبراير سنة ٩٢٤، ٣٦، ٢٤٢ . ــ وللدائن الحال الحق فى استخدام الرهن الموقع على العقار الذى لم يكن مرهونا له بالذات لاجل حماية الرهن المقرر له خاصة على عقار اخر . ــ والخصم المحكوم لمصلحته اذا دفع المصاريف لقلم الكتاب حل محل هذا الاخير فى حقوقه : استئناف ٦ مايو سنة ٩١٣، م ر ١، ١٤ ص ٢٠٢

٣) يجوز للدافع حق رفع دعوى الفسخ اذا كان المدفوع اليه بائعاً ولم يدفع المشترى الثمن [١]

٤) اذا حل الدافع محل دائن نازع للملكية جاز له الانتفاع بما كان مقرراً لنازع الملكية من الحقوق على ايجار العقار (د ، ٩١٣ ، ١ ، ٤٧٣)

٥) يجوز للدافع مخاصمة الكفلاء اذا أعسر المدين الاصلى .

٦) وللدافع أيضاً حق الانتفاع بما كان ينتفع به الدائن الموفى بحقه كدعوى المطالبة بتعويض أو دعوى الابطال [٢] المقررة ضد الاعمال السالبة الصادرة من المدين [٣]

والذى يفهم من مجموع هذه النتائج أن هناك بعض الشبه بين الحلول و بيع الحقوق وليس من شأن الشبه هذا أن يدمج الحلول فى بيع الحقوق بل هناك فروق هامة بين الاثنين تحول دون هذا الادماج لان من المهم معرفه أن الدافع قد دفع فعلا الى الدائن وأن الغرض من الحلول ان هو الا تقرير ضمان للدافع فى تحصيل دينه. وعلى ذلك:

١ — اذا دفع مبلغاً أقل من الدين فلا يجوز له مطالبة المدين بأكثر مما دفعه فى حالة للحلول . وأما فى حالة بيع الحق فانه مما لاشك فيه بان المشترى يطالب المدين الاصلى بجملة الدين لا بما دفعه فقط فيما اذا كان أقل من الدين

وهذا الفرق فى الرجوع على المدين يرجع الى الاختلاف الحاصل فى العمليتين القانونيتين للحلول والبيع . لان الدافع فى حالة الحلول ليس مضاربا ولا يرمى الى كسب المال انما هو يعمل من طريق المجاملة أو تقوية مصلحته بقصد الرجوع بما دفعه فقط ليس غير . والامر على خلاف ذلك بشأن المشترى للحق [٤] فانه مضارب بالمعنى الصحيح لانه يرمى بما يدفعه قليلا الى أن يكسب كثيراً

٢ — اذا كان الدافع فى حالة الحلول أحد الملتزمين الاصليين الشركاء فى الدين [٥] كأن يكون مديناً شريكاً [٦] فى التزام بالتضامن [٧] أو فى التزام غير

---

(١) س ، ٩٥ ، ١ . ٣٢١ . - د ، ٩٦ ، ٥٨٥ ومقال «دى لوان De Loynés » . — س، ٩٥ ، ١ ، ٣٢١ ومقال « لاكوست Lacoste » د ، ٩٠٥ ، ١ ، ١١

(٢) action Paulienne (٣) actes d'appauvrissement د ، ٩٥ ، ١ ، ٤٨٦ . — س ٩٩ ، ١ ، ٤٩١

(٤) transport - cession (٥) co-obligés principaux

(٦) codébiteur (٧) obligation solidaire

قابل للانقسـام [١] ، فانه لا يطالب المدينين الا بقدر نصيب كل واحد على حدة (المـادة ١١٥ / ١٧١ مدنى و١٢١٤ فرنسى) . والحال كذلك فيما اذا كان الدين مكفولا بجملة كفلاء ودفع أحد الـكفلاء الدين فانه لا يرجع على بقية الـكفلاء الا بقدر ما يصيب كل واحد منهم فى الدين (المادة ٥٠٦ / ٦١٨ مدنى و٢٠٣٣ فرنسى). ففى هـذه الاحوال لا يستفيد الدافع لا بالتضامن ولا بعدم قابلية الدين للانقسام كما كان يستفيد منهما الدائن المدفوع اليه . وهو فى ذلك أقل ضماناً من الدائن نفسه. ولماذا ذلك مع انه مخالف للنتائج المنطقية المعقولة لمبدأ الحلول ؟ السبب فيه هو أن الدين يجب توزيعه فى الاصل على جميع المسئولين به أى أن المسئولين به لا يلتزمون فيما بينهم الا بقدر نصيب كل واحد منهم ، بخلاف التزامهم أمام الدائن الاصلى فانهم ملتزمون بجميع الدين أمامه

واذا كان الدافع لا يرجع على كل واحد الا بقدر نصيبه فانه لا يرى له ضمانا فى دفع الدين عنهم جميعا ما دام أن الحلول لا يمكنه من الضمان الذى كان مقرراً من قبل للدائن وهو مطالبة الجميع بالتضامن . ولـكن يحصل أن تتبين له مصلحة فى ذلك الضمان ذلك انه يحل محل الدائن فى الامتيازات والرهونات التى تضمن لـكل مدين نصيبه فى الدين . فاذا وجد مدينون ثلاثة متضامنون ورهن أولهم عقاره ضمانا للدين كله وكان الثانى معسراً ودفع ثالثهم الدين جميعه : ففى هذه الحالة يوزع نصيب المعسر على الاثنين الآخرين بحيث يرجع الدافع بنصف نصيب المعسر على الاول . والرهن ضامن له الوفاء بنصيب الاول ونصف نصيب المعسر (المادة ١١٥ / ١٧١ مدنى و ١٢١٤ فرنسى)

٧) النتيجة السـابعة للحلول هو انه اذا دفع الدافع جزءاً من الدين للدائن فان لهذا الاخير الحق فى الحصول على بقية دينه بالضمانات المقررة له من قبل (المادة ١٢٥٢ مدنى فرنسى) أى أن الحلول هنا لا يضر بالدائن [٢] ويحصل أن العقار لا يأتى بثمن الا بقدر الباقى فيخرج الدائن كامل الوفاء ويخرج الدافع ولم يتقاض شيئاً مما دفعه

مثال ذلك اشترى زيد عقاراً بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه على قسطين ولمـا حل القسط

---

(١) obligation indivisible

(٢) ومعناها لا يمكن ان يضر الحلول بمن قبل به Nemo censetur subrogasse contra se

الاول لم يستطع الدفع فاقترض هذا القسط من مقرض وأحله محل البائع ثم حل القسط الثانى فلم يدفع فنزع البائع الملكية وفاء للالف الباقية فبيع العقار بالمزاد بألف . هذا الالف يأخذه البائع دون المقرض . وأما اذا بيع العقار بألف وزيادة دون الالفين كانت الزيادة من حق المقرض

أما اذا كان الدفع للبائع الدائن قد حصل من طريق شراء الحق ، بان باع البائع القسط للغير ، فان المشترى فى هذه الحالة يزاحم البائع فى قيمة العقار . فاذا بيع العقار بألف وزعت الالف مناصفة على البائع ومشترى الحق لان أصل سند كل واحد بألف

٨) والنتيجة الثامنة للحلول أن الدافع اذا دفع للدائن بقية الدين فانه يستفيد من الحلول فيما يتعلق بهذه البقية بمعنى انه يصبح مفضلا عن الدافعين الآخرين قبله والمتمتعين بالحلول عن المبالغ الاولى

ففي المثال المتقدم الذى ذكرناه بالنتيجة السابعة اذا دفع دافع القسط الثانى بعد ان دفع دافع اخر القسط الاول فان الدافع الثانى يحل محل الدائن فى الأفضلية بمعنى أنه اذا بيع العقار بألف تقاضى الدافع الثانى الألف هذا دون الدافع الأول لانه حل محل الدائن البائع فى هذا الألف ومادام أن الحلول الأول لا يضر الدائن فيما تبقى له فيجب أن يستفيد من هذه الأفضلية من يحل محله أيضاً فى هذا الباقى . وأما اذا بيع بأكثر من ألف ودون الألفين كانت الزيادة عن الألف الأول من حق الدافع الأول.

ولكن هذه النتيجة الثامنة وهى أفضلية الدافع للباقى على الدافعين الأولين مختلف فى أمرها والآراء فيها متعارضة اذ قضى القضاء الفرنسى بأن الأفضلية هذه هى شخصية بحتة وخاصة فقط بشخص البائع وأنها لم تنتقل الى الدافع للبقية بطريق الحلول [1] . وقال بهذا الرأى القانونيون الفرنسيون المعروفون قبل سن قانون نابليون سنة ١٨٠٤ . فقد قرر بوتييه بأنه اذا استلم الدائن جزءاً من دينه من جملة أشخاص وأحلهم محله فى هذه الأجزاء التى تقاضاها منهم ، فانه من الواجب على هؤلاء الأشخاص الدافعين أن يتقاضوا ما دفعوه كل بنسبة ما دفعه [2] . وأن يكون الدائن

---

(١) د، ٧٣،٢،٩٠٣ ومقال « سيزاربرو Cézar-Bru » ، س، ٢٥٠،٢،٩٠٤ د، ٢،٩١، ٢٤٧ ــ س٤،٩٠٤،٢ ـ ٢٥٤ والتعليقات على هذه الاحكام (٢) par concurrence

مفضلاً عنهم فى تقاضى بقية الدين الباقية له قبلهم . وهذا القول من بوتييه يدل على أن حق الأفضلية هذا لم ينقل الى الدافع الأخير إضراراً بالدافع الذى جاء قبله

هذا وما دام أن حق الأفضلية في تقاضى بقية الدين قبل الدافعين الأولين هو من حق الدائن الأصلى فله التنازل عنه للدافع الأول أى أنه يترك الدافع الأول يتقاضى مبلغه أولا فاذا زاد شيء كان من حق الدائن واذا لم يبق شيء فليس له اعتراض ما . وهذا ما يجرى عليه العمل عادة فيما اذا كان الدائن غير ملزم بالدفع حتى يضمن بذلك أخذ ما دفعه [١] .

و — فى مقارنة الحلول ببيع الحقوق [٢]

٤٣٢ — قلنا بوجود بعض الشبه بين الحلول وبيع الحقوق . ولقد تشتد أوجه الشبه أحياناً فيدق معها التمييز بينهما (س ١٩٠٨ ، ٢ ، ١٨٥ ومقال « فاهل » [٣]) ولكن مع ذلك فانهما مختلفان كل الاختلاف وترجع أسباب الاختلاف على الاخص كما قررنا الى أن بيع الحقوق هو عمل مضاربة أى بيع بالمعني الصحيح . أما الفروق بينهما فهى ما يأتى :

١) ان بيع الحقوق هو دائماً عمل ارادى أى يحصل بمحض ارادة الدائن المسقط [٤] أو المسقط اليه [٥] بخلاف الحلول فانه يكون أحيانا الزاميا بالنسبة للدائن مصدر الحلول [٦] سواء كان الالزام آتيا من جانب المدين أو من جانب القانون . أي أن الاختيار لازم للبيع بالنسبة لطرفيه بخلاف الحلول فقد يحصل أن يقع رغم ارادة الدائن أو برغبة المدين أو حكم القانون

٢) لا يجوز للدافع الحال [٧] أن يطالب المدين الاصلى باكثر مما دفع الدائن . وأما المسقط اليه وهو المشتري للحق فله على العكس من ذلك ، الحق بمطالبة المدين بالقيمة الاصلية للدين ، لا بما دفعه هو ثمنا للصفقة

---

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٠١ . ـ بلانيول ص ١٦٧ ن ٥١٥ (٢) بلانيول ص ١٦٩ ن ٥٢٠ وما بعدها . ـ كابتان ص ١٠١ (٣) Wahl (٤) créancier cédant (٥) cessionnaire (٦) le subrogeant (٧) le subrogé

٣) ليس الدافع ملزما بأخذ رضاء المدين عند الوفاء للدائن أو اخباره بذلك : بخلاف الاسقاط فان المشترى ملزم بأخذ رضاء المدين فى القانون الاهلى (المادة ٣٤٩ مدنى) وبدونه لا يصح الاسقاط . وأما فى القانون المختلط (المواد ٤٣٥ و٤٣٦ مدنى) فلا حاجة لهذا الرضاء وكذلك فى القانون الفرنسى (المادة ١٦٩٠) انما لأجل أن يكون الاسقاط حجة على المدين وعلى الغير فيما يتعلق بصحة الوفاء الصادر من المدين يجب اما أخذ رضاء المدين بالبيع بورقة ثابتة التاريخ أو اعلانه على يد محضر

٤) ان المسقط ملزم بالضمان نحو المسقط اليه لانه مادام بائعا فانه يجب عليه أن يضمن المشترى وجود الصفقة بالفعل والواقع (المادة ٤٣٩/٣٥١ مدنى و ١٦٩٣ فرنسى) . وعلى العكس من ذلك الدائن فى الحلول فانه ليس محملا بالتزام الضمان هذا قبل الدافع

٥) فى حالة الحلول اذا دفع الدافع بعض الدين ، فانه يجوز للدائن الاستعانة بالضمانات الخاصة بالدين لأجل أن يتقاضى بقية الدين حتى ولو كان فى ذلك ضرر بالدافع. وأما فى حالة بيع الحقوق فان البائع ملزم فى حالة أخذه جزءاً من الثمن ، أن يتنازل المشترى عن قدر من الضمانات بنسبة ما يضمن له ما دفعه

ز — فى مقارنة الحلول باستبدال الدين

٤٣٣ — يختلف الحلول عن استبدال الدين الحاصل بسبب تغيير الدائن فيما يأتى :

١) فى الاستبدال لا بد من أخذ رضاء المدين . وأما فى الحلول فلا

٢) فى الاستبدال لا بد من أخذ رضاء الكفلاء الذين كفلوا المدين كفالة شخصية (١٩٠ / ٢٥٤ مدنى و ١٢٨١ فرنسى)

٣) اذا كانت الضمانات عينية فانها لا تنتقل الى الدائن الجديد الا برضائه ورضاء الدائن القديم ورضاء المدين (المادة ١٨٩ فقرة ٣/ ٢٥٣ مدنى و ١٢٧٨ فرنسى)

٤) أن نقل الضمانات العينية هذه لا يعتبر حجة على الغير الا اذا كان حاصلا بعقد رسمى وفى وقت حصول الاستبدال (المادة ١٩١ / ٢٥٥ مدنى)[١]

٢) فى استبدال الالتزام

٤٣٤ — هذا هو النوع الثانى الذى ينقضى به الالتزام[٢] وهو يشتبه مع الاحالة[٣] ونص عليهما معاً القانون الفرنسى بالمادة ١٢٧٥ فى الفصل الذى عقده لاستبدال الدين . ولم يكن لهذه المادة شبيه بالقانون المصرى ولكن القاعدة المقررة لها مستنبطة من الاحكام العامة الخاصة بالالتزامات . ولقد ورد الاستبدال مع الاحالة معا بموسوعات جوستنيان وبمجموعة قوانينه

وان كان هناك تشابه بين الاستبدال والاحالة إلا انهما يمتازان عن بعضهما البعض . وفى بعض الاحوال يعتبر الاستبدال احالة ولذا يسمى بالاحالة الكاملة[٤] ولهذا يشتركان معا فى زوال الدين الاصلى وظهور دين جديد كما سيتبين مما يلى

والآن نبدأ القول بالاستبدال ثم نشفعه بالاحالة

١ — فى كيفية حصول الاستبدال

٤٣٥ - الاستبدال عمل قانونى ذو غرضين اذ يقضى على الالتزام السابق ويحله بالتزام جديد (المادة ١٨٦ / ٢٤٩ مدنى) ويحصل هذا الاحلال بواحدة من ثلاث من الطرق : اما بتغيير فى الدين واما بتغيير فى المدين واما بتغيير فى الدائن (المادة ١٨٧ / ١٥٠ مدنى ١٢٧١ فرنسى)

٤٣٦ — ***الطريقة الأولى : تغيير فى الدين*** : وذلك أن الدين الاصلى يزول ويأتى دين جديد . ويختلف الدين الجديد عن القديم اما بتغيير فى محل الالتزام أو فى سببه

---

(١) دى هلس ج ٢ ص ٧٧ ن ٨٧ (٢) ويسمى novation (٣) délégation
(٤) délégation parfaite

١) **التغيير فى محل الالتزام** : يراد بمحل الالتزام موضوعه [١] أى ما يقوم به المدين فى الوفاء . كأن يكون المدين ملزماً بدفع مبلغ معين من المال فيتفق مع الدائن على أن لا يدفع هذا المال نظير ان يقوم بدفع مرتب سنوى طول حياة الدائن [٢] أو أن يتفق المدين بالمرتب [٣] مع دائنه [٤] على أن المبالغ المتجمدة من المرتب والتى لم تدفع بعد [٥] تعتبر من الآن كمبلغ مستقل بفوائد معينة وتبقى تحت يد المدين كقرض [٦] (المادة ١٨٧ / ٢٥١ مدنى فقرة أولى و ١٢٨١ فقرة ١ فرنسى) [٧]

التغيير فى سبب الالتزام : يقع التغيير هذه المرة فى سبب الالتزام [٨] كما يحصل عادة فى المجالات العملية والتجارية [٩] فى الحساب الجاري [١٠] بين صاحب المصنع [١١] والوكيل بالعمولة [١٢] أو بين التاجر وصاحب المصرف المالى [١٣] أو المتمول [١٤] وذلك أن يتفق الطرفان بأن تحصر المعاملات الحاصلة بينهما بعد زمن يقدرانه كثلاثة أشهر وتحصل تصفية هذه الالتزامات التى قامت بين الطرفين ثم تؤخذ النتيجة فى التصفية وتعتبر مبلغاً موحداً تندمج فى الحساب الجارى . أي أن الديون الاولى تزول وتستبدل بدين واحد جديد يندمج في الحساب الجاري ويتحرر من الخضوع للاصول القانونية التى كانت متمشية عليه قبل هذا الاندماج . وهكذا بعد مضى فترة معينة تحصل هذه التصفية ثم يندمج المبلغ الصافى فى الحساب الجارى كما اندمجت من قبل المبالغ الاخرى المصفاة وكونت بنفسها الحساب الجارى [١٥] (المادة ١٨٧ / ٢٥١ مدنى فقرة ١ و ١٢٧١ فرنسى)

٤٣٧ الطريقة الثانية : تغيير فى المدين . ويحصل ذلك فى حالتين :

١) أما أن هذا التغيير يقضى بضرورة أخذ رضاء المدين الاصلى فى الوقت الذى فيه يرضى المدين الجديد والدائن بالاحلال . مثلا . باع زيد عقار لبكر وبقى على بكر

---

(١) objet (٢) rente viagère د ، ٨٥ ، ٢ ، ٢٠١ (٣) débi-rentier
(٤) crédi-entier (٥) arrérages (٦) س ، ٤٥ ، ١ ، ٣٨ (٧) ويلاحظ ان كلمة éteinte زائل الواردة بالنسخة الفرنسية لم ترد بالنسخة العربية ـ راجع نبذة ٤٢١ (٨) cause
(٩) ٣٠ ديسمبر سنة ٩١ ، ٤ ، ٧٦ اذا وجدت دلائل قوية على الاستبدال (١٠) compte ocurant (١١) fabricant (١٢) commissionnaire (١٣) banquier
(١٤) capitaliste (١٥) تالير Thaller موجز القانون التجارى الطبعة الرابعة ن ١٦٦٤

جزء من الثمن واتفق البائع مع المشتري على أن هذا الاخير يدفع هذا الباقي الى خالد الدائن لزيد وأن خالداً يرضى بذلك ويعطى مخالصة لبكر وبراءة ذمة زيد من الدين [1]. هذا الاستبدال فى الدين بتغيير المدين ، أى بتغيير بكر بزيد ، هو ما يسمى بالاحالة [2] وتسمى الاحالة هنا احالة كاملة[3] أو احالة بالاستبدال[4]

مثال آخر : استأجر زيد شقة فى بيت ثم تنازل عن الايجار لبكر واتفق معه على أنه أى بكر يدفع الايجار مباشرة للمالك الذى رضى بذلك وأبرأ ذمة زيد من أى التزام نحوه . ففى هذه الحالة أيضاً يزول الدين فى ذمة زيد ويترتب فى ذمة بكر على شرط رضاء بكر وهو المدين الجديد وعلى شرط رضاء الدائن وهو المالك لانه لا يكره على استبدال مدينه بآخر ولذا لا يعطى مخالصة بالدين لزيد الا اذا رضى بالاستبدال (المادة ١٨٧ فقرة ٢ العبارة ١ / ٢٥١ و ١٠٧١ فقرة ٢ فرنسى) وفى هذا المثال تسمى الاحالة كاملة كما فى المثال الاول

٢) وإما أن يكون الاستبدال بتغيير المدين دون الحاجة الى أخذ رضاء المدين الاصلى . يحصل ذلك فيما اذا جاء شخص أجنبى ورضى أن يكون مدينا للدائن بدلا من المدين الاصلى على شرط ابراء ذمة هذا المدين الاصلى[5] وفى هذه الحالة لا حاجة الى رضاء المدين الاصلى بل يتم الاستبدال برضاء الدائن والمدين الجديد (المادة ١٨٧ فقرة ٢ العبارة ٢ / ٢٥١ مدنى و ١٢٧٤ فرنسى) ووقوع هذه الحالة قليل فى مجال العمل

٤٣٨ — الطريقة الثالثة : تغيير فى الدائن : بأن يتفق الدائن مع شخص أجنبى على أن الاجنبى يحل محله فى الدين ويصبح دائنا مكانه . وبذلك تبرأ ذمة المدين إزاء الدائن الاول ويصبح مدينا قبل الدائن الجديد (المادة ١٨٧ فقرة ٣ / ٢٥١ مدنى و ١٢٧١ فقرة ٣ فرنسى بشأن الاحالة) مثال ذلك المثلان اللذان ذكرناهما فى حالة الاحالة [6] لان كل مثل منهما يقضى باستبدال التزامين أحدهما بتغيير المدين والآخر بتغيير الدائن . ففى حالة البيع استبدل زيد الدائن لبكر بخالد الدائن لزيد

---

(١) ٣١ اكتوبر سنة ١٩٢٢ ، ٣٠٥ ، ٧ (٢) délégation (٣) délégation parfaite
(٤) délégation novatoire (٥) décharger (٦) délégation.

وفى الوقت نفسه استبدل بكر المدين لخالد ببكر المدين لزيد . وكذلك الحال أيضاً فى حالة الايجار

٤٣٩ ـ وهذه الحالة تشبه كثيراً بيع الحقوق أو الحوالة [١] فاذا باع زيد عقاراً لبكر وتبقى بذمة المشترى جزء من الثمن وكان البائع مدينا لخالد جاز لزيد وقتئذ إما أن يحيل [٢] خالداً على بكر بهذا الباقى واما ان يحول اليه الباقى أى يبيعه له هذا الباقى فيتقاضاه من المشترى . ولقد يدق الشبه بين الاحالة من طريق الاستبدال [٣] والتحويل من طريق الاسقاط [٤] الى حد يصعب التمييز بينهما وعلى الاخص فانه جرت عادة الكاتبين فى المجالات العملية استعمال التعبيرين معاً للاستدلال بهما على معنى واحد

وأهم أوجه الشبه بينهما من الوجهة القانونية المصرية الاهلية (لا من الوجهة القانونية الفرنسية) ان الاسقاط أو التحويل أو بيع الحقوق [٥] لا بد فيه من رضاء المدين بالكتابة أو باليمين (المادة ٣٤٩ مدنى أهلى) وكذلك الحال أيضا فى استبدال الدين فانه من الضرورى أخذ رضاء المدين . أى ان الاسقاط لا يعتبر صحيحاً قانونا فى نظر المدين الا اذا اشترك مع البائع والمشترى فى الرضاء . وكذلك فى الاستبدال بخلاف القانون المختلط والقانون الفرنسى فان البيع فيهما يتم برضاء البائع والمشترى دون الحاجة الى رضاء المدين (المادة ٤٣٥ مدنى مختلط و ١٦٩٠ مدنى فرنسى) [٦]

ولكن اذا كان الدائن والمدين وطنيين وحول الدائن الدين الى أجنبى وجب فى هذه الحالة أخذ رضاء المدين الوطنى (المادة ٤٣٦ مدنى مختلط الفقرة الاخيره المعدلة بدكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠)

٤٤٠ ـ وهذا الشبه بين الاستبدال والحوالة راجع الى القانون الرومانى والى الشريعة الاسلامية

ففى القانون الرومانى لم يرض الرومان بالتحويل الا من طريق الاستعانة بوسائل خاصة فاستعانوا فيه بالوكالة على شرط عدم تقديم حساب وبالدعاوى المفيدة [٧] وفى

---

(١) cession de créance (٢) déléguer (٣) délégation - novation
(٤) transport-cession (٥) cession de créance (٦) جرانمولان فى العقود ص ٩١ ن ٢٤٨ (٧) actions utiles

العصر الامبراطورى صدر قانون جورديان [١] بانعقاد التحويل صحيحا مع أخذ رضاء المدين أو أخباره بالتحويل [٢] ليحل الرضاء أو الاخبار محل الاشهاد على الخصومة [٣] الذى كان دليلا على آخر مرحلة للالتزام القديم الزائل وأول مرحلة للالتزام الجديد (أى أن الرضاء أو الاخبار لم يكن شرطا لصحة انعقاد الاسقاط) وأخذ علماء فرنسا بقيد الاخبار اى اخبار المدين ونقله قانون نابليون سنة ١٨٠٤ وأخذ به الشارع المختلط سنة ١٨٧٥

٤٤١ ـ أما الشريعة الاسلامية فانها قررت الحوالة على شرط رضاء المدين وهو المحال عليه بحيث لا تنعقد صحيحة الا بهذا الرضاء (المادة ٦٨٢ من المجلة ونصها : « الحوالة التى أجريت بين المحيل والمحال لا تصح ولا تتم الا بعد اعلام المحال عليه وقبوله . ») وعلل فقهاء الشريعة الاسلامية ذلك بأن المحال عليه يلزمه المال و يختلف عليه الطلب لان الناس متفاوتون فى الطلب [٤]

٤٤٢ ـ رضاء المدين هذا هو الذى حتمه الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ بالمادة ٣٤٩ ولا شك فى أنه أخذه عن الشريعة الغراء . ولكن مع كونه أخذ هذا الرضاء عنها فى حالة التحويل فانه نقل أيضا قواعد هذا التحويل عن القانون الفرنسى الذى نقل عنه القانون المختلط [٥] واذا كان التحويل والاستبدال منقولين عن القانون الفرنسى وجب بيان التفرقة بين الاثنين وهى التفرقة التى قال بها الشارحون للقانون الفرنسى

٤٤٣ ـ ويتميز التحويل عن الاستبدال فى أن المحال أو المحول اليه [٦] لا يستفيد فقط من ملكيته للدين المحول به عليه بل يستفيد أيضا من التأمينات التى كانت ضامنة للدين كالرهن والامتياز والكفالة . أما فى حالة الاستبدال فان الدين الجديد يصبح منعزلا ولا تتصل به ملحقات الدين القديم الزائل لانها تزول معزواله (الا اذا حصل الاتفاق على ما يخالف ذلك)

وتتميز الحوالة عن الاستبدال فى القانون المختلط والقانون الفرنسى فى انه لا يشترط رضاء المدين فى الحوالة كما يشترط ذلك فى الاستبدال

---

(١) Gordien (٢) denuntiatio أو denonciation (٣) litis contestatio

(٤) المعاملات للشيخ أحمد أبو الفتح بك ج ١ ص ٢٥٥ (٥) جراءولان فى العقود ص ٨٧ ف ٣٧٢ (٦) cessionnaire

ومن ذلك يتبين ان الاستبدال محفوف بالخطر بالنسبة للدائن في انه يحرمه من تأمينات الدين الاول ، وبالنسبة للمدين أيضاً في انه لا يستطيع التمسك قبل الدائن الجديد بالدفوع التى كان يصح له التمسك بها من قبل . واذا كان الاستبدال هوهكذا كان بمناؤه في الشرائع الحاضرة معدوم الفائدة ولا يعلل وجوده فيها الا على أنه أثر من الآثار الموروثة عن التشريع الروماني اذ بقى الآن مع زوال الاسباب التى دعت الى مشروعيته عند الرومان

٢ — فى مقارنة الاستبدال الرومانى بالاستبدال الحاضر

٤٤٤ — كان يجرى الرومان على القاعدة المعروفة عندهم من أنه اذا انعقد العقد وتقرر الالتزام أصبح من المستحيل تعديل هذا الالتزام سواء كان التعديل خاصاً بتغيير طرفيه أم بتغيير رابطة الالتزام نفسها. بل اذا أريد احداث هذا التعديل في أشخاص العاقدين أو فى الالتزام نفسه فيكون من اللازم أولا العمل على إزالة الدين الأصلى من عالم الوجود والعمل على انقضائه ثم العمل ثانياً على انشاء التزام جديد . أى أن الاستبدال هو كما قال جيرار بحق [١] أثر من آثار استقرار رابطة الالتزام وعدم امكان المساس بها [٢] اذ يمكن به ادخال عنصر جديد على موضوع الالتزام وعلى الأخص فى نقله من شخص الى آخر مع المحافظة على موضوع الالتزام هذا وعدم المساس به . ولذا كان للاستبدال دور هام فى القانون الرومانى . وما كان من الممكن الاستعانة بالاستبدال في العصر العلمى [٣] لاجل تعديل موضوع الالتزام [٤] واحداث تغيير به . بل كان لابد من أن يكون موضوع الدين الجديد هو نفس موضوع الدين القديم أى يجب أن يكون محلهما واحداً . أى كان الاستبدال كما قالت بذلك النصوص الرومانية ، بمثابة حقن الالتزام الجديد بدم الالتزام القديم [٥] . ولم يستعن بالاستبدال كأداة فى تغيير محل الالتزام أو سببه الا في عصر جوستنيان على الأرجح.

---

(١) Girad كتابه فى القانون الرومانى الطبعة السادسة ص ٧٠٠ (٢) Immutabilité du lien obligatoire (٣) période classique (٤) objet (٥) transfusion

وكان الاستبدال خاضعاً هو الآخر للأوضاع الشكلية [١] وكان لابد فيه من ألفاظ خاصة [٢] حتى ينعقد صحيحاً بصرف النظر عن نية العاقدين . لان الألفاظ الخاصة تقضى بزوال الدين القديم وظهور دين جديد . أما الآن فان النية فى الاستبدال [٣] أمر لازم لابد منه ولا يصح الاستبدال بدونه .

ومما سبق يتبين بأن هناك فرقاً عظيماً بين الاستبدال الحاضر والاستبدال الرومانى . هذا والاستبدال ليس شائعاً الآن في المجالات العملية لان الفائدة المرجوة منه عملياً يمكن الاستعاضة عنها بطرق أخرى أكثر ضماناً وأبعد خطراً من الاستبدال

فاذا جاء الدائن أجنبى غير مدينه وتطوع لان يكون مديناً بدلا من المدين الأصلى فان الدائن لا يتردد في القبول على شرط بقاء المدين الأصلى مديناً أيضاً كما كان . كذلك فى القانون الأهلى اذا احتاج الدائن لدينه فلا يلجأ الى الاستبدال حتى لا يصادم باشتراط رضاء مدينه بل يعمل على الحصول على نقود من طريق تحويل سنده اذ هو ليس ملزماً في هذه الحالة الأخيرة بأخذ رضاء مدينه . أما من حيث الاستبدال فى تغيير الالتزام فالأمر فيه نادر أيضاً من الوجهة العملية .

ولكن الغالب فى الاستبدال وقوعه عملياً عند حصول تغيير فى سبب الالتزام كما يحصل فى الحساب الجارى وتقرير المرتب طول الحياة . وأغلب الأحكام الواردة بالمجلات القضائية تشير الى عدم توافر شروط الاستبدال لانعدام ركن النية فى الاستبدال

٤٤٥ — ولذا لم يشر القانون الالمانى الى جعل الاستبدال في عداد أسباب انقضاء الديون . بل عند ما تكلم على نظرية نقل الحقوق [٤] قرر مبدأ بيع الدين أو الحوالة في الدين [٥] وهو مبدأ لا يعرفه القانون الفرنسى [٦] وأما الاستبدال بتعديل موضوع الالتزام أو سببه فان القانون الالمانى قد جعله حالة من احوال الوفاء بالديون وألحقه بالوفاء بمقابل عينى [٧] وهو ذلك الوفاء الذى يقرر فيه الدائن براءة

---

(١) acte formaliste (٢) termes solennels (٣) animus novandi

(٤) transfert de crèance (٥) reprise de dette أو cession de dette

المواد ٤١٤-٤١٩ (٦) تعليق دى لاجراسرى De La Grasserie على هذه المواد فى
ترجمة القانون الالمانى ص٨٩ على انه فى ذاته صورة عكسية لبيع الحق . التعليق على المادة ٤١٩
فى ترجمة القانون الالمانى بمعرفة وزارة الحقانية الفرنسية ج ١ ص ٥٩٨ (٧) dation en paiement

ذمة مدينه من الدين الاصلي مقابل أن يلتزم الدين بدين جديد وهو هذا الشيء الجديد (المادة ٣٦٤ من القانون الالماني)

٣ — في شروط صحة الاستبدال

٤٤٦ — شروط صحة الاستبدال هي : نية الاستبدال ، وأهلية التصرف في الحق ، وسبق وجود التزام صحيح يحل محله التزام صحيح أيضاً

الشرط الاول : نية الاستبدال[1] وهو شرط لازم وبدونه لا يتحقق الاستبدال . ولا يؤخذ فيه بالظن بل لا بد من الافصاح عنه بطريقة واضحة (المادة ١٢٧٣ مدني فرنسي) وهي مقررة لقاعدة عامة [2] وقد كثرت الدعاوى بشأن نية الاستبدال وعلى الاخص فيما يتعلق بالبيع ، وعند تغيير سند الدين الاصلي مهما كان نوعه بسند دين آخر : فاذا باع المالك عقاره واستلم من المشترى كمبيالات بالثمن فهل يعتبر ذلك استبدالا ؟ مصلحة البائع ظاهرة في عدم حصول الاستبدال لانه بذلك يستطيع الاستفادة من حق فسخ البيع [3] ومن التأمينات المقررة للصفقة . وأما عند حصول الاستبدال فانه يحرم من ذلك كله . والقضاء يجرى الآن على عدم اعتبار مجرد دفع الثمن بواسطة كمبيالات بمثابة استبدال لان النية معدومة [4]

والنية في الاستبدال أو الاستبدال نفسه تثبت بالقيود القانونية المقررة فاذا

---

(١) animus novandi (٢) ٢٩ مايو سنة ٩٠ . ٢ ، ٣٠٠ . — ٢٢ يناير سنة ٩١٤ ، ٢٦ . ١٦٧ استئناف ٢٣ فبراير سنة ٩٠٥ م ر ١ ، ٦ ص ١٥٨ . — وتحرير كمبيالة بكمبيالة اخرى لاجل مد الاجل لا يعتبر استبدالا : ٥ مايو سنة ٩٨ ، ١ ، ٢٦٤ - واذا حرر المستأجر على نفسه كمبيالة بباقي الايجار وذكر بها بانه لا علاقة لها بالايجار كان ذلك استبدالا : ١٧ ابريل سنة ٩٠٠ . ١٢ ، ٢٠٤ . - وتحرير سند تحت الاذن بالايجار يعتبر استبدالا : ٥ مايو سنة ٩٠٤ ، ١٦ ، ٢٤١ . — ويؤخذ في الاستبدال بالقرائن القوية : ١٨ مايو سنة ٩٠٩ ، ٢١ ، ٣٥٦ — واذا تعلق الاستبدال على شرط أصبح موقوفاً عليه لا يتحقق الا به : ٢١ ابريل سنة ٩٠٩ ، ٢١ ، ٣٨٣ . — ومن اجل الدين وتقرير رهن له لا يجعل ان هناك استبدالا : ٢٣ مارس سنة ٩١٠ ، ٢٢ . ٢٠٦ — ١٥ يونيو سنة ٩١٦ ، ٢٨ ، ٤٣٣ . - استئناف ٢٧ نوفبر سنة ٩٢١ ، ٢٤ ص ٣١ عدد ٢٠ . — ويثبت الاستبدال بالشهادة والقرائن اذا كان هناك مبدأ دليل بالكتابة ٢٢ يناير سنة ٩١٤ ، ٢٦ ، ١٦٨

(٣) action résolutoire (٤) د ، ٩٠١ ، ١٧٠١ . — س ، ٩٠٠ . ١ ، ٢٧٧ : ٣ نوفبر سنة ٩١١ ، ٢٤ ، ١٥ . — ٨ مارس سنة ٩١٦ ٢٨ ، ١٨٩ . — ٣١ اكتوبر سنة ٩٢٢ ، ٣٥ . ٧ .

كانت قيمة الاستبدال أكثر من ١٠ جنيهات وجب السند الكتابي . ولا تقبل الشهادة أو القرائن الا عند وجود مبدأ دليل بالكتابة دالا على الاستبدال [١] ولا يحد سلطة القاضي حد في تقدير النية هذه [٢]

وأما ما قالته المادة ١٨٦ / ٢٤٩ مدني من أن الاستبدال يثبت بعقد [٣] فلا يستفاد منه بانه لا بد فيه من الكتابة لان كلمة عقد في عرف الشارع المصري تنصرف الى اتفاق [٤] أي انه لا بد من الاتفاق على الاستبدال بين المتعاقدين [٥]

الشرط الثاني . الاهلية في العاقدين : لا بد من الاهليـة في طرفي الاستبدال (المادة ١٢٧٢ فرنسي) لأن بالاستبدال يحصل انقضاء الالتزام القديم وانشاء الالتزام الجديد ويجب على ذلك أن يكون الدائن أهلا للتصرف في حقه [٦] والمدين أهلا لأن يلتزم

الشرط الثالث : سبق وجود التزام صحيح ليحل محله إلتزام جديد صحيح أيضا . أي لا بد من صحة الالتزام القديم وصحة الالتزام الجديد

١ — **في صحة الالتزام القديم** : يجب أن يكون هذا الالتزام صحيحا [٧] واذا لم يكن صحيحا كان بالطبيعة باطلا . ولكن بطلانه إما أن يكون عاما وإما أن يكون نسبيا

١) **البطلان العام** : هذا البطلان هو ما تعلق بالنظام العام والعوائد الحسنة والآداب العامة فاذا شاب الالتزام القديم عيب من هذه العيوب بطل الالتزام وبطل معه الاستبدال [٨]

٢) **البطلان النسبي** : هذا البطلان لا يبطل العقد من نفسه بل لا بد فيه من طلب صاحب الشأن . فاذا صرف النظر عنه بعد علمه به صح العقد وعلى ذلك

---

(١) د ' ٩٤ ' ١ ' ٦٠ — س ، ٩٥ ، ١ ، ١٦٧ : ٢٢ يناير سنة ٩١٤ ' ٢٦ ، ١٦٨
(٢) س ، ٩١١ ، ١ ، ١٥٢ كولين وكابيتان ج ٢ ص ١٠٦ (٣) contrat (٤) convention
(٥) شرح القانون المدني لنتحي باشا زغلول ص ١٩٥ الحاشيه ١ (٦) capacité de disposer
(٧) valable (٨) د ، ٤٦ ، ٤ ، ٨٣٢ . — د ، ٩٤ ، ٢ ، ٤٢

اذا شاب الالتزام الاول شائبة من عيوب الرضاء كالغش أو الخطأ وظل هذا العيب قائما وقت الاستبدال فلا يصح الاستبدال أما اذا زال أو علم به صاحب الشأن فيه وسكت ، فان الاستبدال يقع صحيحا . فاذا التزم القاصر في عقد ثم استبدله وهو بالغ صح الاستبدال لأنه يعتبر مؤيداً للالتزام الاول[1]

٢ — في صحة الالتزام الجديد : لا يصح الاستبدال بصحة الالتزام القديم فقط بل لا بد من صحة الالتزام الجديد . اذ زوال الاول وانقضاؤه متوقف على صحة الثاني . أي لا يزول الاول الا بوجود الثاني ويبقى مع بطلان الثاني . وعلى ذلك اذا شاب الثاني عيب وأبطل بسبب ذلك ظل الاول قائما

٤ — في آثار الاستبدال

٤٤٧ — مما تقدم يتبين أن الاستبدال يتم بزوال الدين القديم وانشاء دين جديد كما قررت ذلك المادة ١٨٦ / ٢٤٩ مدني ولم ينص القانون الفرنسي على ذلك، ولكنه أمر لازم في الاستبدال هنا وهناك . ويترتب على زوال الاول وظهور الثاني ما يأتي :

٤٤٨ — ١) بحصول الاستبدال يزول الدين الاول وتزول معه تأميناته من امتيازات ورهونات وكفالات الا اذا اتفق الطرفان على ما يخالف ذلك . ولقد نصت المادة ١٢٧٨ فرنسي على هذه القاعدة ولم يرد لها مثيل بالقانون المصري. ولكن هذه القاعدة مستفادة من القانون المصري في موضعين :

أولا : من المادة ٢٨٦/١٨٦ مدني القائلة بزوال الدين الاصلي وانشاء دين جديد . وهذا لم يقله قانون نابليون ولكنه مستفاد من أصل تكوين الاستبدال كما أخذ عن الرومان تماما وباعتبار الاستبدال في الوقت الحاضر أثراً من بقايا النظم الرومانية . وزوال الاصلي يجر معه ملحقاته اذ الملحقات تتبع الاصل وجوداً وعدماً

ثانيا : من المادة ١٨٩ / ٢٥٩ مدني فان ماورد بهذه المادة يبيح للعاقدين الاتفاق على استيفاء الضمانات . وهذا يحكي تماماً العبارة الثانية من المادة ١٢٧٨ فرنسي

---

(١) confirmation

هذا ويلاحظ ان صدر المادة ١٨٩ / ٢٥٢ مدنى ورد بعبارة توهم الحظر اذقالت : « لايجوز الاتفاق على خلاف ما هو آت » وكان يجب أن تكتب هكذا : « يجوز الاتفاق على ماهو آت » لان ماورد بالمادة فيما بعد ترخيص للعاقدين باستبقاء التأمينات أى تجويز لهما فلهما العدول عنه . وما دام ان العدول عنه مباح ، لانه من حقوق المتعاقدين فلا معنى حينئذ لصيغة الحظر التى وضع بها صدر المادة [1]

وكذلك تزول الحقوق الاخرى التى كانت مقررة للدائن كحق دعوى الفسخ في البيع [2] بسبب عدم دفع الثمن ولهذا السبب أصبح الاستبدال غير مرغوب فيه لان الدائن لا يرضى بزوال التأمينات المقررة لحقه طالما انه لم يتقاض دينه

لذا أباح القانون معالجة هذه الشدة وقرر للعاقدين في الاستبدال جواز الاتفاق على بقاء الضمانات الاولى تأمينا للدين الجديد (المادة ١٨٩ / ٢٥٣ مدنى و ١٢٧٨ مدنى فرنسى)

ويحصل ذلك في الاحوال الآتية :

١ — اذا لم يحصل الاستبدال الا بتعديل في موضوع الالتزام أو فى سببه وظل الدائن والمدين كما هما فانه لا يوجد مانع ما من أن يتفق الطرفان على بقاء التأمينات الاولى ضامنة للدين الجديد

وفى ذلك تقول المادة ١٨٩ / ٢٥٣ مدنى فقرة ١ ما يأتى : « في الحالة الاولى من الاحوال السالف ذكرها (وهى الحالة الاولى الواردة بالمادة ١٨٦ / ٢٤٩ مدنى أى الحالة الخاصة بتغيير موضوع الالتزام أو سببه) يجوز للمدين والدائن أن يتفقا على أن التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين تكون تأمينا على الدين الجديد اذا لم تكن فيه زيادة تضر بحقوق الغير . » أى انه مع زوال الدين الاصلى ووجوب زوال ملحقاته من الوجهة المنطقية فان القانون بماله من قوة السلطان في الامر والنهى رأى جواز ابقاء هذه التأمينات ضمانا للدين الجديد اذا كان الدين الجديد مساويا للدين القديم أما اذا كان زائدا عنه فتضمنه أيضا هذه التأمينات على شرط عدم الاضرار بما يكون قد ترتب للغير من الحقوق على هذه التأمينات وكانت سابقة على تاريخ الاستبدال .

(١) شرح القانون المدنى لفتحى باشا زغلول ص ١٩٧ هامش ١

(٢) action en résolution.

فاذا فرض وكان الدين القديم بمبلغ ٥٠٠ جنيه وكان مرهونا له عقار بمبلغ ٨٠٠ جنيه وحصل الاستبدال عن دين جديد بمبلغ ٦٠٠ جنيه وقبل حصول الاستبدال وبعد حصول الدين الاول رهن العقار لدائن آخر بمبلغ ٣٠٠ جنيه ، فلا ينفذ التأمين في الدين الجديد الا لغاية ٥٠٠ جنيه فقط أى بقدر الدين القديم وأما باقى قيمة العقار وقدره ٣٠٠ جنيه فيتقاضاه الدائن صاحب الرهن الثانى ، ولا يستطيع صاحب الدين الجديد أن يأخذ الـ ١٠٠ جنيه الباقية له من هذا الدائن المرتهن الثانى. هذا هو معنى عبارة « اذا لم تكن فيه زيادة تضر بحقوق الغير » الواردة في آخر الفقرة الاولى من المادة ١٨٩/٢٥٣ مدنى . أما اذا لم يكن هناك دائن مرتهن ثان صح للدائن بالدين الجديد أن يتقاضى دينه وقدره ٦٠٠ جنيه من ثمن العقار البالغ قدره ٨٠٠ جنيه ويرد مائتى الجنيه الباقية الى المدين مالك العقار

كذلك اذا كان العقار المرهون وفاء للدين الاصلى مملوكا للغير [1] فزيادة الدين الجديد لا تضر مالك العقار المرهون وفاء للدين الاصلى

اذا علمنا ذلك فلا يكون صحيحاً ما ذهب اليه كولين وكابتان [2] من قولهما بان زيادة الدين الجديد عن الدين القديم لا تضمنها التأمينات. لان الاطلاق في هذا التعبير يشعر بعدم صحة الاتفاق على ضمان التأمينات للدين الجديد ولو لم يكن ذلك ضاراً بالغير ، وهذا لا يمكن أن يكون ، كما بينا ذلك . لان مشروعية الحظر مقيدة بمصلحة الغير وجوداً وعدماً فاذا لم يكن ثمت مصلحة للغير صح ضمان التأمينات عن الزيادة ولا شبهة .

٢ — واذا حصل الاستبدال بتغيير المدين سواء لم يكن من الواجب أخذ رضاء المدين في الاستبدال (المادة ١٨٧ فقرة ٢ العبارة ١ / ٢٥١) أو كان من الواجب أخذ رضائه (العبارة ٢ من الفقرة المذكورة) ففى هاتين الحالتين قررت المادة ١٨٩ فقرة ٢ / ٢٥٣ مدنى ما يأتى : « وفي الحالة الثانية يجوز للدائن ولمن حل محل المدين الاصلى أن يتفقا على بقاء التأمينات العينية ولو بغير رضاء المدين الاصلى » . (ويلاحظ أن عبارة «ولمن حل محل المدين الاصلى» هى ترجمة غير صحيحة للكلمة الفرنسية [3] الواردة بالنسخة

---

(١) coution réelle (٢) ج ٢ ص ١٠٨ (٣) tiers

الفرنسية . وكان الافضل ترجمتها الترجمة اللازمة لها وهى «الشخص الاجنبى أو الغير»

ولكن نلاحظ أن هـذه الفقرة الثانية لا تستقيم مع الحالة التى يكون فيها من الضرورى أخذ رضاء المدين عن الاستبدل ، لانه يجب في هذه الحالة حتماً أخذ رضائه فى نقل التأمينات . فاذا التزم المدين الجديد بالدين ورضى المدين القديم ببقاء التأمينات له ، أعتبر في هـذه الحالة كفيلا عينيا [1] بمعنى انه ضامن بماله ، أى أن التأمينات الضامنة تبقى منصبة على ماله هو لا على مال المدين الجديد كما قررت ذلك المادة ١٢٧٤ مدنى فرنسى ، وما كانت فى حاجة الى تقريرها لان ذلك مفهوم بالبداهة [2]

٣ ـ وفي حالة الاستبدال الحاصل بتغيير الدائن قررت المادة ١٨٩ بالفقرة الاخيرة ما يأتى : « في الحالة الثالثة يجوز للمتعاقدين الثلاثة أن يتفقوا على بقاء التأمينات العينية » . أما رضاء المدين ببقاء التأمينات فهذا أمر لازم لان نقل التأمينات لا يتم الا برضائه .

واذا كان الدين القديم مكفولا بكفيل وحصل الاستبدال سقطت كفالة الكفيل الا اذا رضى ببقائه كفيلا (المادة ١٩٠/٢٥٤ مدنى) [3] وكذلك الامر فى حالة التضامن (المادة المذكورة)

ولا يثبت الاتفاق بشأن بقاء التأمينات الا بعقد رسمى حتى يكون حجة على الغير (المادة ١٩١/٢٥٥ مدنى) وما كانت هناك حاجة لعقد رسمى طبقا للقواعد العامة بل كان يكفى اثبات تاريخ العقد الذى رضى به الكفيل أو الضامن المتضامن ببقاء التأمينات لولا أن القانون قد استوجب العقد الرسمى كما استوجب أن يحصل نقل التأمينات في الوقت نفسه الذى يحصل منه الاستبدال . ومما يجب ذكره هنا أن قانون التسجيل الجديد الصادر سنة ٩٢٣ يستلزم في هذه الاحوال التأشير بالاتفاق الجديد الخاص بالتأمينات على هامش التسجيل الاصلى لكي يكون حجة على الغير . هذا ولا شبيه للمادة المصرية بالقانون الفرنسى

٤٤٩ ـ ٢) والأثر الثانى للاستبدال بعد زوال الدين القديم هو ظهور دين جديد ومن شأن هذا الدين الجديد أن يبين حينئذ مقدار ذلك الالتزام وبعد مرماه

(١) caution réelle (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٠٨ (٣) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٠٨

فاذا فرض أن الدين الجديد كان عبارة عن مبالغ دخلت في الحساب الجارى فانه من يوم دخولها تحتسب لها فوائد سارية من تلقاء نفسها

واذا كان من المتفق عليه بين العاقدين أن تصفية الحساب الجارى تحصل في آخر كل ثلاثة أشهر أو أربعة مثلا وحصلت التصفية فعلا ثم تجدد الحساب الجارى ودخلت في التجديد البقية الباقية بما فيها من الفوائد التي حصلت في المدة السابقة ، أصبحت هذه الفوائد حينئذ كرأس مال تربح هي الاخرى فوائد دون مراعاة القيود الخاصة بضرورة مضى سنة والواردة بالمادة ١٢٦ / ١٨٦ مدنى و ١١٥٤ كما قرر القضاء ذلك

واذا قيد بالحساب الجارى سند تجارى مأخوذ على الدين لمصلحة دائنه فانه يكون من نتائج هذا القيد استبدال مدة سقوط السند التجارى الخاص وهي خمس سنوات ، بالمدة القانونية العادية المسقطة وهي ١٥ سنة [١]

في الاحالة

١ — في أحوال الاحالة

٤٥٠ — الاحالة [٢] عملية قانونية يأمر بها شخص يسمى بالمحيل [٣] شخصاً آخر يسمى بالمحال عليه [٤] بأن يعمل عملا أو يتعهد باجراء عمل لشخص يسمى بالمحال اليه [٥]

وتقع الاحالة في حالتين

١) في الاحالة التى لم يسبقها التزام سابق : تحصل الاحالة بين شخصين لم يلتزما من قبل أى تحصل بين المحيل والمحال عليه دون أن يسبق ذلك التزام بين الاثنين. مثلا خطاب التسليف [٦] الذى يسلمه المصرف المالى (وهو المحيل) الى من يطلبه من عملائه (وهو المحال اليه) اذا عزم هذا الاخير على السياحة في بلاد مختلفة ، وفيه يكلف المحيل مراسليه في هذه البلاد (المحول عليهم) بأن يدفعوا اليه المبالغ التى يطلبها . وقد ذكر ذلك

(١) د ، ٧٢ ، ١ ، ١٠٢ . — س ، ٧٢ ، ١ ، ٢٥٠ (٢) délégation (٣) déléguant

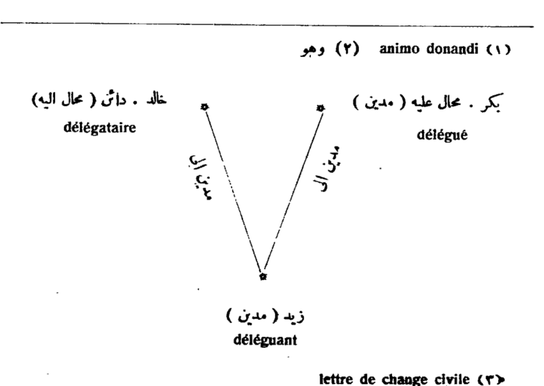
(٤) délégué (٥) délégataire (٦) lettre de crédit

أيضا بوتييه . ويلاحظ أن الالتزام هنا هو غير سبق الاتفاق بين المصرف ومراسليه لان الاتفاق على الدفع لحامل الخطاب ليس هو الالتزام الناشيء عن الدفع بالذات . ويحصل أن تستخدم الاحالة أيضا فيما اذا أراد المحيل أن يقرض المحول اليه أو أن يتبرع له اذا كانت نيته منصرفة الى التبرع[1] . وفى هذه الاحوال لا نرى محلا للقول بوجود بعض الشبه بين الاحالة والاستبدال

٢) فى الاحالة المسبوقة بالتزام سابق . هنا الدور المهم للاحالة اذ هذه الحالة هى الحالة العادية التى تقع فيها يمكن تصويرها بالشكل الآتى[2] وذلك أن زيداً مدين لخالد ودائن لبكر . فكلف زيداً بكراً (المحول عليه) بالوفاء بالالتزام الى خالد (المحول اليه) فاذا فرض وأن زيداً مدين لخالد فى مبلغ ١٠٠ جنيه وباع عقاره الى بكر بمبلغ ١٠٠ جنيه فانه يجوز له تكليف بكر بدفع الثمن الى خالد ، و بهذا الدفع ينقضى الدين الحاصل بين زيد وخالد والدين الحاصل بين زيد وبكر . وبالاحالة هذه تتوفر اجراآت على المدينين وتعتبر الاحالة هنا بمثابة كمبيالة مدنية[3]

---

(١) animo donandi (٢) وهو



(٣) lettre de change civile

٢ — فى تقسيم الاحالة الى كاملة و ناقصة

٤٥١ ـ الاحالة عند سبق وجود التزام سابق تحكي الاستبدال اذا اتفق المتعاقدون على ذلك أى أن الالتزام يزول فى الحال [1] فيزول الالتزامان السابقان فى الحال ويحل محلهما التزام جديد وهو مايلتزم به المحول عليه نحو المحول اليه أو أن هذين الالتزامين السابقين يظلان قائمين حتى يتم الوفاء من جانب المحول عليه الى المحول اليه. ويظهر أن بعض المؤلفين السابقين على قانون نابوليون لم يروا في الاحالة الا وجهها الخاص فقط بالاستبدال ولذا تأثر الشارع الفرنسى بوجهة النظر هذه فتكلم عن الاحالة فى باب الاستبدال . ولكن البعض الآخر ومنهم بوتييه لم يقعوا فى هذا الخلط . على أنه لايزال يرى على أقلام الكاتبين هذه العبارة الجارية بالاحالة الكاملة [2] وذلك في حالة ما اذا انتهت الاحالة بالاستبدال أو بعبارة أصح اذا انتهت باستبدالين ما دام أن التعهد المأخوذ على المحول عليه نحو المحول اليه من شأنه أن ينقضى معه فى وقت واحد دين المحول عليه قبل المحيل ودين المحيل قبل المحال اليه

وقد نصت المادة ١٢٧٥ فرنسي على الاحالة الكاملة حيث قالت بأن الأثر الاستبدالى [3] لا ينتج الا اذا كان الدائن المحال اليه وهو الذى قدم اليه المحيل مدينا جديداً قد قرر صراحة براءة ذمة مدينه الاول . ويلاحظ أن هذه المادة لا حاجة اليها لان الاستبدال أو أثر الاستبدال لا يقع الا اذا كانت النية فيه صريحة بمعني أن نية الاستبدال فى انقضاء التزام وانشاء التزام لا يؤخذ فيهما بالظن : وكل ما يستفاد من هذه المادة أن الشارع الفرنسى أراد ان يظهر بأنه يعنى بالاحالة من حيث التشدد فى شروطها بأكثر مما يعني بالاستبدال العادى . وفى الواقع فانه لا يكفى مطلقا أن يقال بأن نية المحول إليه فى براءة ذمة مدينه المحيل مستفادة من ظروف الحال بل يجب أن يكون هناك اقرار صريح ببراءة الذمة هذه كما يستفاد ذلك من اختلاف التعبير في المادتين ١٢٧٣ و ١٢٧٥ مدنى فرنسى [4]

وأما اذا لم يقرر المحال اليه وهو الدائن براءة ذمة مدينه وهو المحيل فانه في هذه

---

(١) hic et nunc (٢) délégation parfaite (٣) effet novatoire

(٢) د ، ٨٨ ، ١ ، ٣٧٢ ، ٠ ـ س ، ٩٠ ، ١ ، ٨٥ ، د ـ ، ٩٠ ، ٢ ، ١٨٩

الحالة يقال عن الاحالة بانها ناقصة [١] بمعنى أن المحيل وهو المدين يبقى ملتزماً قبل المحال اليه وهو دائنه . أى أنه يصبح للدائن مدينان ؛ مدينه الاصلى وهو المحيل ، ومدينه الجديد وهو المحول عليه .

ويظهر أن هذا الشكل من الاحالة المسمى بالاحالة الناقصة هو ما يغلب وجوده فى مجال العمل لانه يتعذر على الدائن المحال اليه أن يخلى ذمة مدينه المحيل وهو الذى يعرفه ويطمئن اليه من حيث الوفاء ، ثم ينطلق الى مدين جديد لا يعرف من أمره شيئاً . نعم يصح أنه يرضى بمدين آخر مع المدين القديم تسهيلا للوفاء اليه ولكنه يصر على ضرورة حفظ حقه قبل مدينه القديم المحيل ، وعلى الأخص فيما اذا كان الدين تأمينات منصبةً على مال المدين القديم أو كان الدين حقوقاً أخرى هامة مثل حق الفسخ المقرر للبائع عند عدم دفع الثمن ، وهى تلك الحقوق التى تزول عادة بالاستبدال [٢] .

٣ — فى مقارنة الاحالة الكاملة بالحوالة

٤٥٣ — اذا كانت الاحالة الكاملة نادرة الحصول فى مجال العمل الا أنها وقعت فيه على كل حال [٣] وهى تتشابه كثيراً مع الحوالة [٤] أو بيع الحق أو الاسقاط وهى تنتهى كالحوالة كما اذا كان زيد الدائن لبكر قد حول دينه هذا لخالد الدائن له (أى لزيد) . وقد تدق المشابهة الى حد يصعب معه التمييز بين العمليتين وعلى الأخص فان الناس فى معاملاتهم قد جروا على التعبير بقولهم ان زيداً حول وأحال [٥] دينه الى خالد على بكر ، ومع الدقة فى الشبه هذه فانه توجد مع ذلك فروق بين الاثنتين وهى :

١) إن الحوالة عقد يعتبر فيها المحول عليه [٦] وهو المدين للمحول ، أجنبياً عنه وعلى العكس من ذلك فى حالة الاحالة فان المحال عليه وهو المدين للمحيل (وهو بكر) يتعهد بالالتزام نحو المحال اليه وهو الدائن للمحيل (أى خالد)

٢) المفروض فى الاحالة نية المضاربة من جانب المحول اليه [٧] لانه يشترى الدين عادة بثمن أقل من قيمته الاسمية باحتمال أنه يحصل الدين كاملا من مدين المحيل . ولذا

---

(١) délégation imparfaite ويسمى بوتييه هذا النوع من الاحالة assignation

(٢) د ، ٧٩ ، ١٠ ، ٤٧٣ ، ٥ ـــ س ٥ ، ٨٠ ، ١ ، ٥٧ . (٣) د ٧٣ ، ٤ ، ٧٥ ـــ س ٧٢ ، ١ ، ٣١٠

(٤) cession de créance (٥) céder et déléguer (٦) débiteur cédé

(٧) cessionnaire

يقرر القانون فى حالة الاحالة أي الاسقاط أن المحيل لا يضمن يسار مدينه المحول عليه عند الوفاء بل انه يضمن فقط وجود الدين أى صحة الالتزام فى ذمة المدين (المواد ٣٥١ و٣٥٢/ ٤٣٩ و ٤٤٠ مدنى و٦٩٣ و١٦٩٤ فرنسى) . وعلى العكس من ذلك فى حالة لاحالة [١] فان المحال اليه وهو الدائن للمحيل أى خالد لا يرمى الى مضاربة ولا الى اصابة مغنم من وراء الاحتمالات والصدف بل هو يرمى الى تحصيل دينه كاملا . وعلى ذلك يعتبر المحيل وهو المدين ضامناً للمحال اليه وهو الدائن فى حالة اعسار المحال عليه وهو مدين المدين وقت الاحالة [٢] .

٣) ان الاحالة لا تنعقد صحيحة الا برضاء المدين فى القانون الأهلى (المادة ٣٤٩) وكذلك فى القانون المختلط لا تنعقد صحيحة أيضاً الا برضاء المدين فيما اذا كان كل من الدائن والمدين الأصليين وطنيين ثم حول الدائن الوطنى الدين الى أجنبى (المادة ٤٣٦ الفقرة الأخيرة المعدلة بدكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) وأما فى القانون المختلط فتصح الاحالة بدون رضاء المدين (المادة ٤٣٥) كما تصح كذلك فى القانون الفرنسى (المادة ١٦٩٠) انما يكتفى فيهما بأخبار المدين واعلانه بحصول الاحالة حتى لا يحتج عليه بما يكون قد دفعه الى المحيل أو الى أى شخص آخر تعامل مع هذا الأخير .

٤ — فى أثر الاحالة قبل المحيل

٤٥٣ — اذا كانت الاحالة كاملة أى اذا رضى الدائن المحال اليه ببراءة ذمة مدينه المحيل ، استفاد المدين من الاحالة . وأما اذا كانت الاحالة ناقصة ولم يقرر الدائن ببراءة ذمة مدينه فانه على ما يظهر لا يستفيد من هذه الحالة الا اذا وفى مدينه (المحال عليه) الدين الى دائنه (المحال اليه) . أما قبل الوفاء فلا فائدة له . ولقد كان من شأن القول بعدم الفائدة هذه ان قرر علماء ايطاليا أنه يجوز للمحيل عند حلول أجل دفع الدين المشتغلة به ذمة مدينه أن يكره دائنه المحال اليه على أن يقاضي أولا المدين المحال عليه وأنه ليس للمحال اليه حق الرجوع على المحيل الا اذا لم يتقاض دينه من

(١) délégation المادة ١٢٧٦ مدنى فرنسى — د ٩٨، ٢، ٣٣٠ ومقال «كابتان Capitant»

(٢) subsidiairement

المحال عليه . وعلى ذلك يستفيد المدين المحيل من الاحالة هذه وتتحول حالته من مدين أصلى الى كفيل اذ لا يلزم بالوفاء بطريقة أصلية بل بطريقة احتياطية[١] ويكون فى حل وقتئذ من التمتع بالدفع المسمى بدفع التجريد[٢] وهو الدفع الذى يستعين به فى دفع الدعوى اذا رفعت عليه أولا قبل تجريد المدين المحال عليه . ولكن هذا الرأى الايطالى لم يجد له أنصاراً بفرنسا حيث قرر علماؤها أن الاحالة الناقصة لم تخرج عن كونها قد قررت للدائن، وهو المحال اليه، احتمال مقاضاة مدينه الاصلى فيما اذا لم يف المحال عليه بالدين وانه لم يكن فى ذلك اكراه للدائن بالتجريد أولا ثم الرجوع ثانيا (أى تجريد مدين المدين والرجوع على المدين) وان الاحالة الناقصة هى مجرد تقرير ضمان[٣] للدائن يلح هذا الاخير فى طلبه من طريق التراضى معه على كيفية الوفاء بالدين[٤] أو ذريعة فى استمرار التعامل معه أو هى اداة صالحة لرواج المعاملات بين الافراد[٥] يستعين بها المدين في الوفاء بحقوقه لا من طريق الدفع الفعلى بل من طريق مجرد التحويل بالديون وهى الطريقة الشائعة فى العصر الحاضر بعد رواج التجارة رواجا أصبح الوفاء فيه بالنقد أمراً متعذراً ، اذ حل الآن الوفاء بالتحويل محل الوفاء بالنقد . وعلى هذا الاعتبار تصبح الاحالة بمثابة تأمين لحق الدين[٦]

٤٥٤ ـ وأما عن الاحالة الكاملة فقد ذكرنا (ن ٤٥١) ان ذمة المدين تبرأ فى الحال[٧] من الدين قبل دائنه ولذا لا يهمه دفع مدينه لدائنه أم لم يدفع اذ ليس لدائنه المحال اليه حق الرجوع عليه . وهذا ما جعل قانونيو فرنسا قبل سنة ١٨٠٤ يقولون بان « من رضى بالاحالة رضى بالضرر »[٨] ولكن المادة ١٢٧٦ مدنى فرنسى استدركت الامر وعالجته فى حالتين . ـ ١) فيما اذا كان مدين المدين فى حالة افلاس وقت حصول الاحالة . ـ ٢) فيما اذا احتفظ الدائن (المحال اليه) بحق الرجوع على مدينه (المحيل)

٤٥٥ ـ ١) فيما اذا كان المدين فى حالة افلاس وقت حصول الاحالة : في هذه الحالة يجوز الرجوع طبقاً للمادة ١٢٣٦ على المدين ولكن ما هو

(١) subsidiairement (٢) bénéfice de discussion (٣) garantie (٤) ater-moiement (٥) instrument de crédit (٦) nantissement de créance (٧) hic et nunc (٨) qui accepte délégation se fait préjudice

سبب الرجوع من الوجهة القانونية أو ما هو التعليل القانونى لهذا الرجوع وعلى أى قاعدة أو أساس يرتكز الرجوع ؟ علته القانونية انه نتيجة ما وقع فيه الدائن من الغلط . والرجوع حينئذ هو قرينة على حصول الغلط . ومن شأن الغلط أن يفسد الاستبدال [١] أى انه عند ما أراد الدائن قبول الاحالة المعروضة عليه من مدينه لاجل أن يتقاضى دينه من مدين مدينه ظن خطأ يسر المحول عليه . وانه لم يقرر الاستبدال الحاصل بتغيير المدين الا لاعتقاده بيسر المحال عليه . ولما ظهر عسر هذا الاخير سقط الاستبدال بسبب هذا العيب وعادت الحالة القديمة الى ما كانت عليه قبل الاستبدال . وعلى ذلك يجوز للدائن الرجوع على مدينه بنفس التأمينات التى كانت مقررة لدينه من قبل مادام أن الاستبدال قد سقط وبسقوطه تعود ملحقاته الى عالم الوجود من جديد

٤٥٦ — ٢) فيما اذا احتفظ الدائن بحق الرجوع الى مدينه — فى هذه الحالة لا يرجع الدائن بنفس دعواه الاولى والتأمينات التى كانت ضامنة للدين . لان الاستبدال قد تم فعلا وزالت معه الدعوى الاولى وتأميناتها الضامنة للحق الاول الذى قد زال وانقضى وحل محله حق آخر جديد . وعند عسر المدين المحال عليه لا يسقط الاستبدال ولا يلغى لان المادة ١٢٧٦ تقول بأن الدائن قد أبرأ ذمة المدين من الدين [٢] وعلى ذلك لا يعتبر التعهد الجديد الصادر من المدين تعهداً مضموناً بالتأمينات السابقة فى حالة اعسار مدين المدين دون الوفاء . بل يعتبر التعهد هذا تعهداً جديداً التزم فيه المدين أن يكون كفيلا [٣] للمدين الجديد وهو المحول عليه (أى مدينا جديداً للدائن) وفى هذه الحالة لا محل للتردد فى منح المدين أولا باعتباره كفيلا ، حق التجريد المقرر للكفلاء .

واذا لم يدفع مدين المدين الدين الى الدائن المحال اليه في حالة الاحالة الناقصة جاز وقتئذ للدائن الرجوع على مدينه بنفس الدعوى الاولى وتأمينات الدين الاول . لان من شأن الاحالة الناقصة أن لا تمس الالتزامين السابقين بشىء ما وهما الالتزامان القائم أحدهما بين المدين المحيل ومدينه المحال اليه والقائم ثانيهما بين المدين المحيل ودائنه

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ١١٢ (٢) décharger (٣) caution

المحال اليه . وبالاحالة الناقصة يتكرر التزام ثالث وهو الالتزام الذى يقوم بين المحال اليه ، وهو دائن المدين ، والمحال عليه ، وهو مدين المدين . ومن شأن هذا الالتزام الثالث انه اذا انقضى انقضى معه الالتزامان السابقان عليه . واذا لم ينقض ولم يدفع مدين المدين الدين الى الدائن المحال اليه جاز وقتئذ للمحيل مطالبة المحال عليه بالوفاء

وأما فى الاحالة الكاملة فالحال على عكس ما مر في الاحالة الناقصة . لان زيداً المحيل (وهو المدين لخالد والدائن لبكر) لا يجوز له الرجوع على بكر عند عدم دفع هذا الاخير الدين الى خالد . لان ذمته قد برئت من الدين بما قرره خالد وقت الاحالة ، وعلى ذلك فلا يهمه أمر الوفاء بالدين لخالد أو عدم الوفاء لان صلته القانونية به قد انقطعت

٥ ــ فى أثر الاحالة قبل المحال عليه

٤٥٧ ــ سواء كانت الاحالة كاملة أو ناقصة فانه من شأنها ايجاد رباط قانونى بين المحال اليه والمحال عليه وهو نتيجة التعهد المأخوذ على المحال عليه قبل المحال اليه وهذا التعهد هو خلاف التعهد الذي يربط المحال عليه بالمحيل .

وينتج مما تقدم نتيجة هامة جداً . وهى انه لا يجوز للمحال عليه أن يحتج على المحال اليه بالدفوع ووسائل الدفاع التى كان يحتج بها قبل المحيل . لانه برضاء المحال عليه بالوفاء للمحال اليه قد سقط حقه في الانتفاع بهذه الدفوع قبله . فاذا تعهد المشتري بدفع الثمن الى دائن البائع ثم استحق الشيء المباع للغير (أى رفع الغير دعوى استحقاق عقار أو دعوى استرداد منقول وحكم للمستحق والمسترد بالملكية) بعد التعهد فلا يجوز له الاحتجاج بالاستحقاق فى عدم دفع الدين الى المحال اليه

كذلك لا يجوز للمحال عليه بعد رضائه بلوفاء لدائن دائنه أن يحتج وقت الوفاء اليه ، أو أن يسترد ماسبق له ان وفى به اليه ، بأنه أخطأ في رضائه بلوفاء اليه مدعياً بأنه لم يكن ملتزماً بالمرة قبل المحيل أو مدعياً بأى سبب آخر مبطل لالتزامه قبل دائنه الاول [١]

---

(١) د ٧٣، أ ٧٥، . ــ س ٧٢، ١، ٠٣١ - س ٣، ٩١، ١، ٢٤١

هذا هو ما يقول به القضاء الفرنسي وقال به من قبل بوتييه

٤٥٨ ـ ولكن قام اعتراض وجيه على هذا الرأى . اذ قيل بأنه في حالة ما اذا كان التزام بكر ازاء زيد (التزام المحول عليه ازاء المحيل) غير موجود أو باطلا أو معطلا بدفع من الدفوع كالدفع بعدم الوفاء [1] (أى الدفع الذى يدفع به من وفى بالتزامه ضد من لم يوف بالتزامه هو الآخر في عقد تبادلى) ، فانه من المؤكد أن يكون تعهد المحول عليه بكر بالتزامه بالدين قبل خالد المحال اليه تعهداً مشوباً بالغلط أو مشوبا بأنه لاسبب له : وذلك لان بكرا لم يلتزم قبل خالد الا باعتبار انه ملتزم قبل زيد أى انه لم يرض بالوفاء الى خالد الا لانه في هذا الوفاء وفاء لزيد وحيث لا وفاء لزيد فلا وفاء لخالد لان الوفاءين (وهما فى الحقيقة وفاء واحد) يدوران معاً وجوداً وعدماً

ان الاعتراض وجيه فى ذاته من جهة العدالة أولا و المنطق ثانيا ولكنه غير وجيه من الوجهة القانونية . واذا تعارضت العدالة والمنطق مع القانون وجب الاخذ بالاخير لان المنطق لا يضحى من أجله القانون ولان العدالة الوضعية في حالة فردية خاصة لا تنهض وحدها و بنفسها مقوضا للقانون وهو دستور المجاميع : ذلك لاننا لم ننس بعد ما قررناه بأن الاحالة أداة يستخدمها الافراد فى تحقيق أغراض مختلفة اذ يستعان بها إما فى انقضاء التزامات سابقة أو لاجل القرض أو لاجل الهبة أو لمسائل أخرى . اذا علم لنا ذلك قررنا حينئذ ، وهذا ما نلفت اليه النظر ، بأنه لاعبرة مطلقا بما دار بخلد زيد المحال عليه وقت رضائه بالوفاء الى خالد المحال اليه ، من النوايا التى دفعته الى الالتزام بالوفاء أى الى هذا التعهد الجديد ، هذه النوايا أو هذه الاغراض التى من أجلها تعلق التعهد الجديد بعنق بكر لاتعتبر قانونا السبب فى التزامه بالوفاء. لان السبب فى الالتزامات [2] هو فى الحقيقة والواقع الدافع للالتزام ، أى الذى يدفع بالملتزم الى الالتزام ولكنه لم يكن هو سبب الالتزام . والغرض الذى من أجله التزم بكر بالوفاء ، وهو المسمى بالغرض الموضوعى [3] هو الباعث لتعهده [4] وهذا الباعث يتغير بتغير الظروف والاشخاص ولا يعبأ به فى صحة الالتزام

(١) non adimpleti contractus (٢) causa proxima (٣) dessein concret
(٤) motus أو causa longinqua

أما المحال اليه وهو خالد الدائن لزيد فانه عندما تعهد له بكر بالوفاء اليه بناء على تكاليف [1] زيد لبكر بالقيام بهذا الوفاء فانه يجهل كل الجهل الروابط القانونية التى تربط زيداً ببكر وهو يجهل الدافع الذى حدا ببكر بتعهده بالوفاء اليه لان الغرض الذى يرمى اليه بكر عند الوفاء غرض من أغراض عدة وهى تختلف باختلاف الظروف. وعلى ذلك فالغلط فى تقدير الغرض أو بطلانه [2] لا يؤثران على صحة التعهد ولا يعتبران أصلا أساسياً له : وذلك يحكي تماما الغرض الذى يرمى اليه البائع من بيع ملكه أو الغرض الذى يرمى اليه المشترى من شراء ملك الغير فانه لا عبرة مطلقا بالدافع ولا يعتبر ركنا أساسياً في الالتزام

وأما عن الغلط من قبل بكر المحال عليه فانه هو الذى يتحمل به دون خالد لان الغلط هذا هو نتيجة الاهمال وعدم الاحتياط من قبل بكر أي الغلط بسبب خطأه أو تقصيره فيجب أن يتحمل وحده نتائجه وليس من القانون تحميل خالد نتائج تقصير بكر لانه لم يقع منه تقصير ما نظراً لكونه لم يرض فى الاحالة الكاملة بالتقرير ببراءة ذمة زيد ، أو فى الاحالة الناقصة ، بالتساهل مع مدينه في قبول الاحالة على الغير فهو لم يرض بذلك الا لما تعهد بكر بالوفاء

٦ — الاحالة والقوانين العصرية الحاضرة

والقانون التجارى

٤٥٩ — قرر القانون الالمانى فى المادة ٧٨٤ فقرة ١ والقانون السويسرى الخاص بالالتزامات فى المادة ٤٦٨ فقرة ١ هذه القاعدة التى سبق لنا ان قررناها وهى انه فى حالة رضاء المحال عليه (بكر) [3] بالوفاء الى المحال اليه (خالد) لا يجوز للمحال عليه الاحتجاج والتمسك ضد المحال اليه بالدفوع الناشئة عن الروابط القانونية التى تربطه (أى تربط المحال عليه) بالمحيل . ويقول فى ذلك علماء الالمان والسويسريين بان من شأن رضاء المحال عليه أن ينشيء التزاماً مجرداً [4] أى لا تتوقف صحته على الاعتبارات

(1) jussus (2) caducité (3) assigné أو délégué (4) obligation abstraite

القائمة بين المحال اليه[١] والمحيل[٢] وهذا الافصاح التشريعي في القانونين المصريين الالماني والسويسري هو ما قرره القضاء الفرنسي من طريق الاجتهاد القانوني

هذا وهناك شبه كبير بين الاحالة في القانون المدني والاحالة في القانون التجاري لأنها وان أدت عملا عظيماً في المجال المدني الا أنها تؤدي عملا أجل وأعظم في المجال التجاري . ذلك لان الكمبيالة [٣] ومايلحق بها ترجع في حقيقتها الى الاحالة المدنية[٤] اذ المحيل في الكمبيالة [٥] هو الساحب [٦] والمحال اليه [٧] هو حامل الكمبيالة أي صاحبها [٨] والمحال عليه [٩] هو المسحوب عليه [١٠] ومن المقرر أن ليس المسحوب عليه بمجرد رضائه بدفع الكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفوع التي كان يتمسك بها ضد الساحب . ويرجع ذلك كله الى نظرية الاحالة المدنية لان الساحب يعتبر محيلا والمسحوب عليه يعتبر محالا عليه وحامل الكمبيالة يعتبر محالا اليه

٣) في المقاصة القانونية أو المقاصة[١١]

١ — كلمات عامة

٤٦٠ — المقاصة هي الوسيلة الثالثة من وسائل الوفاء وبها تنقضي الالتزامات من غير الدفع بالنقد مرتين ففيها تبسيط للروابط القانونية بين المتعاقدين الدائن والمدين ويؤخذ بهافيما اذا كان كل من الطرفين دائناً ومديناً معاً والدينان من نوع واحد ويغلب ذلك في النقود وبها ينقضي الدينان تماماً اذا كانا متساويين في المقدار . أما اذا اختلفا فانهما ينقضيان أيضا بمقدار أصغرهما . والفرق بينهما يوفى به المدين لدائنه . وهي وسيلة يستعان بها للافلات من الوفاء بالنقد [١٢] أي أن كلا من الدائن والمدين يتقاضى دينه من نفسه . وعلى ذلك فالمقاصة هي الوفاء من الطرفين من غير الدفع النقدي ، ويحصل الوفاء حينئذ ، كما يقولون ، بعملة المقاصة أي بدون دفع نقود

---

(١) assigné (٢) assignant (٣) lettre de change (٤) تالير Thaller ، القانون التجاري الطبعة الخامسه ن ٦٠، ١٠٣٩، ١٢٢٩، و ١٢٩٩ (٥) déléguant (٦) tireur (٧) délégataire (٨) porteur (٩) délégué (١٠) le tiré (١١) la compensation légale أو la compensation فقط وهي المقاصة الحقيقية التي تحصل بقوة القانون وهناك نوعان آخران من المقاصة وفي تسميتها بالمقاصة تجاوز وسنتكلم عنهما على حدة في نبذة ٤٧٣ (١٢) versement de fonds

هذه هى الفائدة من المقاصة من الوجهة الاقتصادية فى تبسيط الروابط القانونية بين الدائن والمدين . ولها فائدة أخرى قانونية وهى الاشراف على حماية مبدأ المساواة بين الطرفين . وذلك أنه اذا وفى أحد الاثنين بدينه وانتظر الوفاء من الآخر خيف عليه من اعسار هذا الآخر المدفوع اليه [1] فيما اذا بدّد ما استلمه وتوقف عن الدفع أما اذا حصلت المقاصة دون وفاء فعلى من الجانبين اعتبر كل واحد منهما خالصاً بدينه وتقررت وقتئذ المساواة بينهما . لذا يمكن اعتبار المقاصة وسيلة من وسائل الضمان[2] فى الوفاء اذ يعتبر كل من الطرفين آمنا مطمئنا الى الحصول على حقه لانه ينظر الى الدين المطلوب منه باعتباره ضامنا للدين المطلوب له

٤٦١ — واذا كانت المقاصة قد عملت على حماية حق المساواة بين الطرفين المتعاقدين الا أنها من طريق آخر تعمل على هدم حق المساواة بين الدائنين فيما بينهم عند اعسار مدينهم وعند اقتسام ثمن ماله بنسبة حصصهم[3] بينما يكون الدائن صاحب المقاصة قد خرج بدينه كاملا من طريق الوفاء التبادلى التصورى. وعلى هذا الاعتبار يمكن النظر الى المقاصة كأنها تقرر امتيازاً خاصا لهذا الدائن اضراراً بجماعة الدائنين لذا التفت القانون الى هذه الحالة الضارة بتلك الجماعة وذلك فى حالة افلاس المدين، أحد طرفى المقاصة ، فقرر انه من وقت حصول الافلاس يجب أن يتساوي جميع الدائنين فى الوفاء[4] كذلك منع القانون المقاصة فى المسائل المدنية كلما تعلق بالدين حق لدائن آخر بمقتضى حجز أوقعه تحت يد مدين مدينه فالحجز يمنع المقاصة التى يتولد سببها من بعده وفى ذلك حماية للدائن الحاجز

٤٦٢ — هذا والمجال الذى تنمو فيه المقاصة وتظهر فيه آثارها الاقتصادية الهامة هو المجال التجارى. والمقاصة نتيجة حتمية للمعاملات التجارية. اذ يندر في المجالات التجارية أن يكون التاجر دائنا غير مدين أو مدينا غير دائن بل الغالب أن يجمع فى نفسه صفتى الدائن والمدين فى تعامله مع الآخرين ويظهر ذلك على الاخص فى تعامل التاجر مع مصرفه المالى أو التاجر مع الوكيل بالعمولة وذلك كله يرجع الى أن التجارة

(1) accipiens (2) garantie (3) concours (4) كابتان ص ١١٥

تنمو وتتغذى بالثقة المتبادلة بين التجار[1] وأن الثقة المتبادلة هي قوام التجارة وحياتها وهي ترمى فى طريق رقيها ونموها الى الوفاء بغير الدفع النقدى أى الى تبسيط الوفاء بقدر الامكان . ومن هنا نشأ الحساب الجارى ، والمقاصة أساسه الذى يرتكز عليه وذلك لان جميع الديون المقررة فى ذمة كل طرف من الطرفين قبل الآخر تندمج فى هذا الحساب الجارى الذى يبتلعها وتفنى فيه من طريق المقاصة في الحال ، ولا يوفى فى نهاية الحساب الا بقدر الباقى أى الرصيد[2] فقط دون غيره

٤٦٣ ـ ولم تقف منافع المقاصة عند هـذه الفائدة بل تعددت هذه المنافع وتسربت المقاصة الى النظام المعروف بنظام مصارف الامانات أو الودائع[3] وما تجريه هذه المصارف من الاكثار في استعمال التحاويل[4] . وذلك أن هذه المصارف تتلقى من التجار أوامر بتحصيل ديون لهم على الغير ، وبدفع ديون عليهم لآخرين . وتصدر هذه الاوامر على شكل أوراق ذات قيمة تجارية[5] أو تحويل وعلى ذلك تفتح هذه المصارف حسابا جاريا باسم التاجر الذى يعاملها ثم يحصل الوفاء بين هذه المصارف بعضها البعض من طريق المقاصة فيما بينها أى أنها تفتح هى الاخرى حسابا جارياً لها فيما بينها . ولقد انشئت بفرنسا غرفة خاصة بالمقاصة تسمى بغرف المقاصة[6] ، وهى تحكي الغرف الانكليزية المسماة بمكاتب التصفية[7] ، والغرض منها تسهيل العمل على انجاز هذه المقاصة . وبهذا الاسلوب يحصل الوفاء بديون عديدة دون الاستعانة بالنقد[8] والمصارف المالية هى الواسطة بين الافراد في اجراء المقاصة والافراد هم الملتزمون قبل بعضهم البعض . أما المصارف فلا التزام بينهما أى لا تعتبر فيما بينها دائنا ومدينا . لانها مع كونها تجرى المقاصة فانها تجريها لحساب الافراد الملتزمين قبل بعضهم البعض لا لحسابها هى حيث لا التزام بينها يربط بعضها البعض

---

(١) crédit (٢) solde (٣) institution des banques de dépôt (٤) chèque
(٥) effets de commerce (٦) chambres de compensation (٧) clearing-houses
(٨) كابتان ١١٦ ـ بلانيول ص ١٨٤ ن ٥٦٤

٢ — فى خصائص المقاصة

٤٦٤ - تقع المقاصة في الدينين بحكم القانون وقوته[1] وبدون علم الطرفين اذ ينقضى الدينان الواحد بعد الآخر فى الوقت الذى يتوافقان فى وجودهما . ويحصل الوفاء فيهما معاً بقدر أصغرهما ان كانا غير متساويين وهذا هو ما تقول به المادة ١٩٢/٢٥٦ مدنى و ١٢٩٠ فرنسى وهى تقرر اكبر خاصية من خواص القانون المصرى الذى يشبه القانون الفرنسى فيها أيضا : أى أن انقضاء الدينين يحصل من تلقاء نفسه[2] فى الوقت الذى يتفق وجودهما معا دون الحاجة الى رضاء الطرفين في هذا الانقضاء

هذا ومما هو محل للغرابة فى تقرير هذه الخاصية انها تقررت بناء على تفسير غير صحيح حصل من طريق التوسع فسرت به بعض النصوص الرومانية على غير ما وضعت له فى الأصل

لان القانون الرومانى ظل زمنا طويلا لا يعترف بالمقاصة الا في حالة ما اذا حصل الاتفاق عليها بين الطرفين ، ذلك انه اذا وجد شخصان وكان كل واحد منهما دائنا ومدينا للآخر جاز لهما الاتفاق على انقضاء الدين بقدر الاصغر فيهما . اما اذا لم يتفقا فكان من اللازم أن يقوم كل من الطرفين بالوفاء بدينه للآخر . فاذا لم يف المدين بدينه جاز لدائنه مقاضاته وليس للمدين الحق فى دفع الدعوى قبله بما اشتغلت به ذمة المدعى له به . كانت هذه الحالة الغريبة مخالفة لما طبع عليه الرومان من تعويلهم على الاعتبارات العملية ولكن لهذا الشذوذ حكمة ترجع لبعض الخصائص المعروفة عندهم في المرافعات والاجرآات المتبعة في سير القضايا . ذلك انهم لما رأوا أن القاضى الذى يفصل في الدعوى في دورها الثانى[3] هو قاض غير حكومى أى قاض عرفي أو محلف مدنى[4] قرروا أن لا يوجه اليه من الاسئلة من جانب البريتور — الذى يحضر الدعوى في دورها الأول ويرسلها للقاضى للحكم فيها — الا سؤال واحد . فيجوز حينئذ للمدعى عليه دفع الدعوى قبله بأنه لم تشتغل ذمته بالدين مطلقا أو أن

---

(١) الكلام هنا عن المقاصة القانونية la compensation légale ولكن هناك نوعين آخرين من المقاصة يأتى الكلام عليهما فى نبذة ٤٧٣ كما قدمنا فى الحاشية على نبذة ٤٦٠

(٢) automatiquement (٣) Judex (٤) simple juré civil

هذا الدين قد انقضى وزال ولكنه لم يكن مأذوناً له وهو فى مقام الدفاع عن نفسه بان يطلب هو الآخر طلبا فرعيا [١] أى يطلب طلبا خاصا به وهو الدين الذى له فى ذمة المدعى [٢]

هذا هو المبدأ الرومانى الذى تقرر أولا ولكن قد طرأت عليه فيما بعد بعض تعديلات مسته . ذلك انه ورد بالمؤلف الذى أعده جوستيان لطلبة الحقوق [٣] ان « مارك اوريل » [٤] قرر بانه فى حالة ما اذا رفعت الدعوى على المدعى عليه بدين وادعى المدعى عليه بمديونية المدعى أيضا جاز للمدعى عليه دفع الدعوى بدفع الغش [٥] لان من يطالب بما يجب أن يرده انما يرتكب غشا . وقد تقرر الاخذ بهذه القاعدة فى حالة دعاوى حسن النية [٦] وهى تلك الدعاوي التى يفترض فيها دائما وجود هذا الدفع : على هذه الاعتبارات تقررت المقاصة

وجاء جوستنيان وعالج هو الآخر القواعد الخاصة بالمقاصة من طريق التغيير والتعديل بما أودعه بمجموعة القوانين وبموسوعاته وبالكتاب الذى اعده لطلبة الحقوق وقد ورد بهذه المجموعات شيء كثير من الاصول القانونية الحديثة اذ قرر بان المقاصة تحصل من الآن من تلقاء نفسها [٧] ولقد اختلف المفسرون في معنى هذا التعبير أي بحكم القانون ولكنهم اتفقوا الآن على أن المعنى المقصود من هذه الجملة أن المقاصة تحصل بقوة القانون [٨] دون الحاجة الى رضاء الطرفين [٩]

---

(١) demande reconventionnelle (٢) جيرار فى القانون الرومانى الطبعة السادسة ص٧١٧ (٣) Institutes (٤) Marc Aurel (٥) exception de dol (٦) actions de bonne foi (٧) ipso jure (٨) de plein (٩) أما ما وردمن النصوص الرومانية بموسوعات جوستنيان فانها تفيد العكس. ذلك لان عبارة من تلقاء النفس ipso jure كانت تدل فقط وبكل سهولة على أن المقاصة تطلب دون الحاجة الى التقيد بالقيود القانونية المقررة فى المرافعات الرومانية أى دون أن يفرغ طلب المقاصة فى قالب دفع خاص بالغش

هذا هو التفسير الصحيح لتلك الجمله ipso jure كما ورد بموسوعات جوستنيان: ولكن الملقين على القانون الرومانى les glossateurs لم يفسروها بهذا التفسير ولم يرج عندهم هذا المعنى بل راج عندهم المعنى الاخر وهو أن المقاصة المقررة فى عصر جوستنيان هى المقاصة التى تتحقق عندما يولد الدينان معاً وانها تحصل بمحض قوة القانون وسلطانه وقد تأيد هذا الرأى فى القرن السابع عشر والثامن عشر واخذ به نهائياً وقال به بوتييه ودوما .ـ

٣ – فى شروط المقاصة

٤٦٥ ـ قلنا إن المقاصة وفاء وقال بذلك القانون (المادة ١٩٢/٢٥٦ مدنى «المقاصة نوع من وفاء الدين») وما دام انها وفاء فيجب أن يكون استنزال الديون فيها كما فى الوفاء (المادة ١٩٦/٢٦٠ مدنى) ولا تحصل المقاصة باعتبارها وفاء الابتوافر شروط أربعة

الشرط الاول — يجب أن يكون الالتزامان موجودين عند نفس الشخصين. وهذا شرط أساسى للمقاصة أى يجب أن يكون كل واحد من الطرفين دائنا ومدينا شخصيا وعلى ذلك لا يجوز للوكيل الدفع بالمقاصة فى دين عليه بدين لموكله وكذلك الوصى أو القيم فيما هو مقرر من الديون بالنسبة لمحجور كل منهما [١].
ولا يجوز للمدين للشركة أن يدفع بالمقاصة فى دين له على أحد أعضاء الشركة. ما دام أن للشركة شخصية معنوية مستقلة فى شخص العضو فلا تجوز المقاصة[٢]

الشرط الثانى: يجب أن يكون الالتزامان عن مبلغ من النقود أو عن أشياء مثلية [٣] من نوع واحد [٤] وأن يكون الوفاء بهما واجباً فى محل واحد. وهذا هو ما تقضى به المادة ١٩٤/٢٥٨ مدنى و ١٢٩١ فرنسى حيث قررت ما يأتى: «لا تقع المقاصة إلا اذا كان الدينان خاليين عن النزاع ومستحقى الطلب وكانا من النقود أو من أشياء من جنس واحد يقوم بعضها مقام بعض بالنسبة لنوعها وقيمتها وبشرط أن يكونا واجبى الاداء فى محل واحد.» ويستحيل الاخذ بالمقاصة اذا اختلف الدينان نوعا وجنسا. واذا كان الدينان من المثليات واختلفا فى النوع فلا تصح المقاصة كما اذا التزم أحدهما بمائة قنطار قطن والتزم الآخر بخمسين قنطاراً عسلا. على أن المادة ١٢٩١ مدنى فرنسى أجازت المقاصة فى حالة ما اذا كان أحد الدينين مبلغا من النقود والدين الآخر مقداراً من الحبوب [٥] اذا تعينت أسعارها بالتسعير الرسمى [٦]. وكان القانونيون الفرنسيون قبل سن القانون الفرنسى لا يأخذون

---

(١) د ٢، ١٩٠٢، ١، ١٦٨. ـ س ١٩٠٥، ١، ٤٨٧. ـ كابتان ص ١١٧. ـ (٢) ١٣ مارس سنة ٩٥، ٧، ١٨٥. ـ بلانيول ص ١٨٤ ن ٥٦٩ (٣) choses fongibles
(٤) même espèce (٥) denrées (٦) mercuriales أى cote officielle

بهذه القاعدة . ولم يقل بها القانون المصرى . ولا نرى ما يمنع قانونا من الاخذ بها في المقاصة [١] فاذا طولب مدين بمبلغ وكان يداين دائنه بمقدار من القطن وجبت المقاصة في أصغر المبلغين بعد تثمين القطن بالاسعار الجارية في ميعاد التوريد. ويجب أن يكون محل الوفاء واحداً فى الدينين اذا كانا عن شيئين مثليين أو عن مبلغ من النقود وشيء مثلي . قال بذلك القانون المصرى دون القانون الفرنسى

الشرط الثالث : أن يكون الدينان خاليين عن النزاع [٢] وهو ما تقضى به المادة السالفة . ويراد بالدين الخالى عن النزاع الدين الذى لا شك في اشتغال الذمة به [٣] وكونه معين المقدار [٤] فاذا كان أحد الدينين متنازعاً فيه لا تصح المقاصة [٥] ويجب أن يكون النزاع جدياً لا أن يعرض لمجرد التنكيل والتسويف [٦] . وقرر هذه القاعدة جوستنيان [٧]

ويجب أن يكون الدين مقدراً . فاذا لم يكن مقدراً وتعذر تقديره فيما بعد أو احتاج التقدير الى وقت طويل فلا تصح المقاصة أما اذا سهل أمر تقديره وجب التقدير ثم وجبت المقاصة من بعده [٨]

٤٦٦ ــ ولقد انتقد بعض القانونيين هذا الشرط في المقاصة وقالوا بانه ما دامت المقاصة تقع بحكم القانون وقوته فلا عبرة حينئذ بمنازعة الطرفين بعضهم البعض أو

---

(١) ولم ير دى هلس الاخذ بها ولم يأت باسباب . ج ١ ص ٣٢٣ ن ٧ فقرة ٢ . على أننا لا نرى ما يخل بالقواعد القانونية فى الاخذ بالمادة ١٢٩١ فرنسى فى حالة ما اذا كان تسعير البضائع سهلا ويرجع البورصة (٢) liquides (٣) مجموعة جال ج ١ ص ٦٥٦ ن ١٨٤١ . ــ و ص ٦٥٧ ن ١٨٤٢ (٤) وعلى ذلك تحصل المقاصة فيما للدائن الراسى عليه المزاد من دين له وفيما عليه من ثمن الصفقة. ولا تحول المقاصة دون ضرورة قيد اسم هذا الدائن بقائمة التوزيع ٢٩ مايو سنة ٩٢٣ ، ٣٥ ، ٤٦٨ . ــ ٢٩،٣٣ . ــ ٣٥، ١٤ . وتحصل هذه المقاصة بعد مضى المدة المقررة لزيادة الثمن : ٢٨ مايو سنة ٩١٨ ، ٣٠ ، ٤٥٠ . والمقاصة فى هذه الحالة مفعول رجعى يرجع الى تاريخ مرسى المزاد : ٢٩ مايو سنة ٩٢٣ . ٣٥، ٤٦٨ ولكن يشترط فى هذه الحالة عدم وجود دائنين آخرين مقدمين عليه فى توزيع الثمن لانه فى هذه الحالة الاخيرة لا يكون دائناً بالثمن الا فيما يزيد عن ديونهم فتجوز المقاصة فيما زاد . ــ راجع كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ١١٠٦ حاشية ٦ وبند ١٢٤٨ حاشية ٤ تنفيذ الدكتور عبدالفتاح بك ص ٥٧٠ ن ٨٣٧ فى باب المناقضات (٥) ٢ مايو سنة ٩٢٣ ، ٣٥ ، ٤٢٥ (٦) ١٥ ابريل سنة ٩٦ ، ٨ ، ٢١٧ (٧) بلانيول ص ١٨٥ ن ٥٧٢ (٨) ٤ نوفمبر سنة ٩٢٢ ، ٣٥، ١١ ــ قارن ما جاء فى هذا الموضوع فى كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٧٣ــ٧٦ تنفيذ الدكتور عبد الفتاح بك بند ٨٣ ــ ٨٦

بجهلهم لمقدار الدين ما دام الدينان قد وجدا فعلا . فاذا وجدا وقعت المقاصة ولامحالة

الاعتراض وجيه من الوجهة المنطقية ولكن من الوجهة العملية لا بد من الاخذ بالشرط المتقدم وهو خلو الدين عن النزاع أصلا ومقداراً [1] إذ بدونه لاتذلل العراقيل التي تعتور المقاصة : ذلك لانه لا يجوز مطلقا للمدين أن يأبى الوفاء بدينه لمجرد ادعائه ادعاء مشكوكا فيه باشتغال ذمة دائنه بدين له عليه أو أن يدعي بدين غير مقدر القيمة فاذا طلب المؤجر المستأجر منه بايجار العقار وادعى المستأجر بتعرض المؤجر له تعرضاً أفسد عليه التمتع بالايجار وأنه يطلب المقاصة فى قيمة الايجار وقيمة التعرض فلا يقبل منه هذا الطلب وتأخير الوفاء بالايجار حتى يفصل فى حقيقة التعرض أو في تقدير قيمته [2] . وكان القانون الفرنسى الآخذ بالعادات [3] يمقت المقاصة لما يشوبها من وسائل المضايقة التي يلجأ اليها المدين سيء النية لأجل تعطيل الوفاء بدينه . وقرر « لوزيل [4] » القاعدة الآتية : « الدين لا يمنع الدين [5] »أما وقد قرر القانون شرط صحة الدين أصلا ومقداراً فلا محل للتخوف من مدين سيء النية يعمل على التعطيل فى الوفاء

على أن القانون نفسه أجاز عملا قانونياً يمكن معه الافلات من هذا الشرط وتعطيل الوفاء تحت يد المدين حتى يفصل فيما يدعيه هذا الاخير من دين له على دائنه ذلك أن القانون أباح للمدين نفسه توقيع الحجز تحت يده هو وفاء لما يدعيه قبل دائنه [6] (المادة ٤٣١/٤٩٣ مرافعات) والفرق حينئذ بين المقاصة والحجز تحت يد

(١) راجع فى شرح هذه النقطة كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٧٦ حيث جعل مع جارسونيه شرط خلو الدين عن النزاع La créance n'est pas contestée شرطا مستقلا نوعا ما عن تحقق وجود الدين ومعلومية مقداره وقوله ان الدين المتنازع فيه لايكون محقق الوجود اذ حصل النزاع على ترتبه فى الذمة ولا يكون معلوم المقدار اذا حصل النزاع على مقداره وان الدين الذى بين يدى صاحبه المستند الحاضر على وجوده هو فى منزلة الدين المحقق الوجود وان الدين الذى يمكن تقديره فوراً وبلا صعوبة هو دين معين المقدار وانه يترك الفصل للقضاء فى معرفة ما اذا كان النزاع جديا او التقدير محفوفا بالمصاعب حتى يعتبر الدين غير محقق الوجود او غير معلوم المقدار . وراجع فى تطبيق هذه النقطة فيه على مسئلة فتح الاعتماد acte d'ouverture de crédit بند ٧٧ وما بعده .- وفيما يتعلق بفتح الاعتماد راجع أيضاً تنفيذ الدكتور عبد الفتاح بك ن ٨٤

(٢) د. ١٩٠٧، ١، ٥٠٨ — س ١٩٠٩، ١، ٥١٣ (٣) droit coutumier (٤) Loysel

(٥) Une dette n'empêche pas l'autre (٦) saisie-arrêt sur soi-même أو saisie-opposition

المدين نفسه ان في المقاصة لا بد من شرط خلو الدين عن كل نزاع في أصله وفي مقداره . وأما في هذا الحجز فانه يجوز اذا كان الدين ثابتاً على شرط أخذ اذن [1] من القاضي بتقدير الدين غير المعلوم المقدار في الاصل (المادة ٤١٢/٤٧٣ مرافعات) وفي ذلك ضمان ضد المسوّفين على غير طائل

الشرط الرابع : يجب أن يكون الدينان مستحقي الدفع [2] : وهذا ما تقرره أيضا المادة ١٩٢ / ٢٥٦ مدني و١٢٩١ فرنسي . فاذا كان أحد الدينين موقوفا على أجل فلا تقع المقاصة الا عند حلول الأجل [3] وللدائن الحق في المطالبة بدينه الحال من دون أن يصح التمسك ضده بالمقاصة في دين لم يحل بعد . لان المقاصة عبارة عن الوفاء في الدينين وليس هناك وفاء طالما ان هناك أجلا . ولا يمكن اكراه الدائن على المقاصة لان فيها الزاما له بالوفاء قبل حلول الاجل وفي ذلك ضرر عليه لا محالة لانه يحرم حينئذ من مزية الاجل .

والاجل على نوعين : أجل بالاتفاق [4] وأجل يضرب به القاضي [5] فالأول يحول دون المقاصة . وأما الثاني فلا (المادة ١٢٩٢ فرنسي وهو حكم عام) ذلك لان الاجل القضائي منحة من القاضي لمدين سيء الحظ دعت ظروفه الى الرأفة به عند ما لم تمكنه حالته من الوفاء . فاذا طالب هذا المدين ، صاحب المنحة ، بدين هو الآخر ، جاز دفع دينه بالمقاصة فيما هو مدين فيه لانه الآن في حالة تمكنه من الوفاء وليس في حاجة الى الاجل [6] ، وله حينئذ أن يتخالص مع دائنه بواسطة عملة المقاصة [7]

واذا كان أحد الدينين معلقا على شرط فتحصل المقاصة اذا كان الشرط فاسخا . أما اذا كان توقيفيا فلا [8] ، ذلك لان الشرط الفاسخ طالما انه لم يتحقق بعد فلا يؤثر على الحق المقرر من قبل . وأما الشرط التوقيفي فلا يتقرر الحق فيه الا بتحققه .

---

(١) permis ou ordonnance (٢) exigibles (٣) دى هلس ج ١ ص ٣٢٤ ن ١٠ (٤) terme conventionnel أو terme de droit (٥) terme de grâce . (٦) دى هلس ج ١ ص ٣٢٤ ن ١١ (٧) monnaie de compensation كابتان ص ١١٨ . - بلانيول ص ١٨٥ ن ٥٧٤ (٨) ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ ، ١٩ ، ٣٦ . - دى هلس ج ١ ص ٣٢٥ ن ١١

وطالما أن الشرط لم يتحقق فلا يوجد الحق المعلق عليه [١]، وتصح المقاصة فى دين قابل للبطلان [٢]. ولكن تبطل المقاصة اذا قضى بالبطلان. ويجوز الدفع بالمقاصة أمام الاستئناف [٣]. على شرط أن لا يكون الغرض منها الكيد للخصم. وعلى شرط أن تكون خاصة بالمقاصة القانونية. أما المقاصة القضائية (ن ٤٧٣). فلا يؤخذ بها فى الاستئناف لانه يترتب على ذلك حرمان الخصم من درجة من درجتى التقاضى [٤]

٤ — فيما لا تجوز فيه المقاصة

٤٦٧ ـ لا تجوز المقاصة فى حالة الاضرار بحقوق مكتسبة للغير [٥] وفى حالة عدم جواز الحجز على الدين [٦] وفى حالة الغصب والوديعة وحالة الكفيل وحالة التضامن

٤٦٨ ـ ***الحالة الاولى: حالة الاضرار بحقوق مكتسبة للغير.*** اذا تقرر للغير حق على أحد الدينين الداخلين فى المقاصة فلا تجوز المقاصة حينئذ وهذا ما يقضى به العقل والعدالة معاً لان فى تقرير الحق للغير على الدين نزعا لحرية الوفاء به عند المدين به. ويقع ذلك فى موضعين.

١ ـ ***حالة الحجز تحت يد الغير*** [٧] : لا تصح المقاصة اذا تقرر للمحجوز لديه دين فى ذمة دائنه بعد الحجز (المادة ١٩٩ / ٢٦٣ مدنى و١٢٩٨ فرنسى) [٨]

٢ ـ ***فى حالة افلاس الدائن*** : اذا أفلس الدائن ثم تقرر لمدينه حق عليه بعد الافلاس فلا تجوز المقاصة لانه من الواجب التسوية بين جميع الدائنين للمفلس بعد الافلاس [٩]

ولا يؤخذ بهذه القاعدة فى حالة الحساب الجارى [١٠] لانه نظراً لعدم قابلية هذا

---

(١) وعلى ذلك تصح المقاصة اذا صدر حكم ابتدائى بالدين ولم يصبح نهائياً بالاستئناف. اذ يعتبر الحق المقرر به حقاً معلقا على شرط فاسخ . ـ حكم ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المذكور (٢) annulable ou rescindable : ١٠ ديسمبر سنة ٩١٤ ، ٢٧ ، ٥٩ (٣) ١٦ يناير سنة ٩١٧ ، ٢٩ ، ١٥١ (٤) ٢١ نوفمبر سنة ٩٢٢ ، ٣٥ ، ٤٣ وكتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ٥٢٨ و١٢٥٨ ومابعده. ـ ومرافعات الدكتور عبد الفتاح بك ص ٦١٣ (٥) droits acquis (٦) créance insaisissable (٧) saisie-arrêt (٨) دى هلس ج ١ ص ٣٢٦ ن ١٨ (٩) كابتان ص ١٢٠ . ـ بلانيول ص ١٨٦ ن ٥٧٦ (١٠) compte-courant

الحساب للتجزئة [1] فلا عبرة فيه الا بالصافى أو الرصيد [2] وهو الصافى الذي يدخل فى التفليسة .

٣ ـ **فى حالة اسقاط الدين أو تحويله وقبول المدين بالوفاء .** اذا حول الدائن دينه الى المحول اليه ورضى المدين بالتحويل فلا يجوز له بعد ذلك الادعاء بالمقاصة في هذا الدين مع دين له سابق على الرضاء (المادة ١٩٧ / ٢٦١ مدنى) وله فقط حق الرجوع على مدينه المحيل . ذلك لانه قد تقرر للمحول اليه حق على الدين بمجرد حصول الرضاء أى ان المقاصة لا يصح لها أن تضر بحقوق مكتسبة

٤ — بالمقاصة القانونية تبرأ ذمة المدين الشريك والمدين المتضامن والكفيل بنفسه أو بماله (أى من قدم رهنا تأمينيا أو حيازيا عن عقاره لامن المدين) وهذا هو ما تقضى به المادة ١٩٨ / ٢٦٢ مدنى و ١٢٩١ فرنسى . فاذا وفى المدين بدين عليه ولم يلتفت الى ماله هو الآخر من الدين قبل دائنه ولم يدفع بالمقاصة ثم جاء وطالب بالدين الذى له ، وكان هذا الدين مؤمنا له بأى نوع من أنواع التأمينات كالاشتراك فى الدين أو التضامن أو الكفالة أو الرهن التأمينى أو الحيازى، صح طلبه فى الدين دون الاستعانة بالتأمينات لانها سقطت بحكم المقاصة القانونية التى وقعت بحكم القانون وبرغم عدم تمسكه هو بها ويصبح دينه عاديا غير مضمون ويخشى فيه من اعسار المدين . انما تعود التأمينات الى الدين أو تبقى لاصقة به اذا أبدى هذا الدائن عذراً مقبولا فى أنه كان يجهل وجود دين له وهو ذلك الدين المضمون باحدى هذه التأمينات

مثلا : لزيد قبل بكر دين قدره ١٠٠ جنيه مكفولا بكفيل . ولبكر قبل خالد دين قدره ١٠٠ جنيه . أى ان بكراً مدين لزيد ودائن لخالد فى مبلغ واحد . وخالد هو الوارث الوحيد المحتمل لزيد بعد وفاة هذا الاخير : وقد حل دين بكر قبل خالد فطالبه به فدفعه . وبعد ذلك تبين لخالد ان زيداً مورثه توفى من زمن أى قبل حلول دينه المطلوب لبكر . فبمجرد وفاة زيد يصبح خالد وارثا له ويصبح هو صاحب الدين وحده قبل بكر . أى يصبح خالد دائنا لبكر ومدينا له . وطبقا للقانون يجب أن يسقط

---

(١) indivisibilité (٢) solde أي الصافى للدائن solde en actif أو الصافى على المدين solde en passif

الدينان بالمقاصة ويترتب على سقوطهما سقوط الكفالة عن عاتق الكفيل لبكر .
بمعنى انه اذا دفع خالد الدين المطلوب منه الى بكر ولم يدفع بالمقاصة فقد سقطت الكفالة على كل حال لان سقوطها كان بحكم القانون وسلطانه بمجرد التقاء الدينين قصاصاً وفنائهما بالمقاصة . ولكن لما كان خالد عند دفعه للدين المطلوب منه شخصياً لبكر لا يعلم بوفاة زيد مورثه ، أى انه لا يعلم بحادث الوفاة الذى من شأنه أن يجعله هو الآخر دائناً لبكر فى مبلغ ١٠٠ جنيه ، فان القانون فى هذه الحالة أباح بقاء الكفالة الضامنة لدين زيد قبل بكر (أى دين خالد قبل بكر) أى انه أحياها بعد موتها وأعادها الى عالم الوجود بعد أن كانت قد فنيت وزال أثرها بالمقاصة وبحكم القانون . فبالقانون يفني الالتزام وبالقانون يحيا أى بالقانون يموت الالتزام وبالقانون يبعث . وهذا شذوذ فى جعل المقاصة أداة غير قاطعة. لانه بينما تستخدم المقاصة أداة للوفاء فى حالات معينة وبشروط خاصة ، اذ لا تصح للوفاء فى نفس هذه الحالات وبنفس هذه الشروط . وكان الاجدر بالشارع فى حالة جهل خالد بوفاة زيد مورثه أن يجعله وحده هو الذى يتحمل دون غيره نتائج عدم علمه بالوفاة لا أن يحمل بها الكفيل . أى يجعل الشارع الضمان[1] على خالد لا على الكفيل . والميزان الذى يصلح فى هذه الحالة فى معرفة مَنْ مِنَ الاثنين يتحمل نتيجة عدم العلم يرجع الى هذه النظرية « نظرية المفاضلة » التى قلنا بها غير مرة وهى من هو الجدير بين الاثنين بحماية الشارع له ؟ هل الكفيل الذى انقضى دينه بحكم المقاصة باعتبار المقاصة وفاء ، أى عملة وفاء ؟ أو الوارث الذى كان يجب عليه أن يبحث وينقب ليعلم ما يحيط به من الظروف فيتلمس خبر وفاة مورثه ؟ أى ان الذى لا يحميه القانون هو الذى كان يجب عليه أن يعمل عملا ولم يعمله سواء كان عدم عمله له ناشئا عن تقصير أو عن قوة قاهرة أو حادث جبرى اذ عليه تبعة ما يتعلق بشخصه وليس من العدل أن يتحمل الغير تبعة عمل ليس منسوباً له

هذه القاعدة ترجع أيضاً لنظرية « الحق المكتسب » اذ بالمقاصة القانونية وبالوفاء الحكمى فى الدينين وهو الوفاء الذى يقول به القانون ، سقط التأمين عن عاتق المحمل به وبذلك يكتسب حق التحرير من التأمين ، فلا يجوز للدائن اعادة التأمين الى ما كان

(١) risque

عليه اضراراً بصاحبه، ولكن هكذا قرر القانون فلا مفر من حكمه

٤٦٩ — الحالة الثانية . فى حالة عدم قابلية الدين للحجز عليه — اذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز عليه [١] فلا تقع المقاصة . فاذا طالبت الزوجة زوجها بالنفقة فليس له الحق فى التمسك ضدها بسقوط دين النفقة فيما له عليها من الديون لان فى قبول المقاصة تعطيلا لمزية عدم الحجز على دين النفقة وهو ما يحظره القانون [٢]

٤٧٠ : الحالة الثالثة لا تجوز المقاصة فى حالة الوديعة أو الغصب:

١ — **الغصب** [٣] اذا اغتصب شخص شيئاً مملوكا لآخر بان أخذه منه بدون حق وطالبه مالكه به فلا يجوز للغاصب التمسك قبله بالمقاصة فى هذا الشيء بسبب دين يدعيه على المالك (المادة ١٢٩٣ فقرة ١ فرنسى) بل يجب عليه اولا رد الشيء. ويلاحظ كولين وكابتان [٤] على هذه المادة الفرنسية بانه ما كانت هناك حاجة الى وضعها لان الغاصب لا يستفيد من المقاصة الا اذا كان ما اغتصبه مبلغاً من النقود أو شيئاً من الحبوب التى يمكن تقويمها بالاسعار الرسمية. ولكنهما يلاحظان مع ذلك أنه يمكن الاخذ بتلك المادة فى حالة ما اذا اغتصب موثق [٥] بلا حق مالا مملوكا لمن عامله فى عمل فلا يجوز للموثق في هذه الحالة أن يمتنع عن رد هذا المال مدعياً بانه له هو الآخر مالاً على خصمه [٦]

أما القانون المصرى فانه لم ينص على هذه الحالة [٧] انما نص على الحالة الآتية وهى الخاصة بالوديعة . واذا كان قد أبى الاخذ بالمقاصة فى حالة الوديعة فهو من باب أولى يأبى الاخذ بها فى حالة الاغتصاب

٢ ـ **الوديعة** [٨]: لا تجوز المقاصة في دينين أحدهما كان محلا للوديعة سواء كانت الوديعة مبلغا من المال أو من الاشياء المثلية (المادة ١٩٥/٢٥٩ مدنى و١٢٩٣

---

(١) كدين النفقة (كما تقول المادة ١٢٩٣ فقرة ٣ فرنسى) أو أى دين آخر غير قابل للحجز عليه بوجه تام كما تقول بحق المادة ١٩٥ / ٢٥٩ مدنى (٢) بلانيول ص ١٨٦ ن ٥٧٨ . ـ دى هلس ج ١ ص ٣٢٧ ن ٢٢ وص ٣٢٨ ن ٢٣ . ـ كابتان ص ١٢٠
(٣) spoliation (٤) ج ٢ ص ١٢١ (٥) notaire (٦) د، ٩٠٤، ١، ١١٥ . س ٩٠٣، ١، ٤٠٠ (٧) دي هلس ج ١ ص ٣٢٩ ن ٢٥ (٨) dépôt

فقرة ٢ فرنسى) وقد نص القانون الفرنسى على عارية الاستعمال واستعاض عنها القانون المصرى بالوديعة بالشيء المثلى ، والنتيجة واحدة . ولكن تصح المقاصة اذا كان مبلغ النقود موجوداً تحت يد الامين بصفة أمانة تدفع عند الطلب [1]

٤٧١ — الحالة الرابعة : حالة الكفيل : لا يجوز للمدين الاصلى أن يدفع الدعوى قبله بالمقاصة اذا كان لكفيله دين فى ذمة دائنه (المادة ٢٠ / ٢٦٤ مدنى و ١٢٩٤ فرنسى)

٤٧٢ الحالة الخامسة : المدين المتضامن : لا يدفع المدين المتضامن الدعوى قبله والموجهة اليه من الدائن بدفع المقاصة اذا كان لاحد المدينين المتضامنين دين فى ذمة الدائن رافع الدعوى الا بقدر نصيب هذا المدين المتضامن (والدائن لرافع الدعوى) فى الدين المرفوعة به الدعوى (المادة ٢٠١ / ٢٦٥ مدنى و ١٢٩٤ فرنسى [2]

٥ — فى المقاصة بالتراضى والمقاصة القضائية

٤٧٣ — ما قررناه ابتداء من نبذة ٤٦٠ خاص بالمقاصة القانونية أى التى يقول بها القانون . ولكن هناك نوعان آخران للمقاصة وهما المقاصة بالتراضى والمقاصة القضائية

فالمقاصة بالتراضى أو بالرضاء [3] هى ما يتفق عليها الطرفان طبقا للقاعدة القائلة بان العقد قانون المتعاقدين (المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى) وعلى ذلك يجوز لهما الاتفاق على المقاصة عن دين موقوف على أجل أو شرط أو عن دين بشيء معين فى مقابل أى دين آخر

وأما المقاصة القضائية [4] فتقع فى حالة الطلبات الفرعية أو دعاوى المدعى عليه اثناء القضية. فاذا طالب المؤجر المستأجر مثلا بقيمة الايجار عن أرض زراعية وادعى المستأجر بان خفراء المؤجر سرقوا زراعته ولذلك يطلب تعويضا منه جاز للقاضى تقدير التعويض وعمل المقاصة في الدينين

---

(١) remise à découvert د ٣٠ ٩ ١ ، ١ ، ٣٨١ ـ س ، ٩٠٥ ، ١ ، ٣١٨ ، ٠ ـ دى هلس ج ١ ص ٣٢٨ ن ٢٤ (٢) دى هلس ج ١ ص ٣٢٣ ن ٦

(٣) compensation conventionnelle (٤) compensation judiciaire

واذا دققنا النظر في هذين النوعين وهما المقاصة بالاتفاق والمقاصة القضائية ، نرى أنهما لا يقيدان بالمقاصة القانونية من حيث توافر الشرائط اللازمة لها قانونا لانها كما تحصل فى حالة الاتفاق ، بشأن دين موقوف على أجل مثلا فانها تحصل فى حالة القضاء بها ، بشأن دين متنازل فيه أو بشأن دينين متنازع فيهما فيقدرهما القاضى ويسقط أحدهما فى الآخر وبذلك يمكن القول باستقلال هذين النوعين عن المقاصة القانونية

٦ — فى المقارنة بين المقاصة فى القانون المصرى والقانون الالمانى

٤٧٤ — المقاصة فى القانون المصرى هى كالمقاصة فى القانون الفرنسى سواء بسواء تنحصر فيهما فى أنها « وفاء مضاعف وموجز من تلقاء نفسه »[1]

أما القانون الالمانى فانه يختلف عن ذلك لانه لم ينظر الى المقاصة باعتبارها أداة اقتصادية بل اعتبرها أداة للعدالة وأداة ضمان أى انه اعتبرها تأمينا لدين الدائن. وذلك اننا رأينا عند ما تكلمنا على خصائص المقاصة أنها تضمن لاحد الدائنين الدافع لدينه ما له قبل مدينه من الدين لانه اذا دفع ولم يدفع اليه كان فى ذلك اجحافا به . وعلى هذا الاعتبار تعتبر المقاصة أداة للضمان له ضد اعسار مدينه (ن ٤٦٠) . و يلاحظ أيضا فى مجال المعاملات بين الافراد أن الفرد قد لا يرضى بان يكون دائنا لآخر الا لاعتقاده بانه سيكون قريبا مدينا له . لذا يقبل أن يكون دائنا لانه مطمئن الى دينه من طريق الوفاء به بواسطة المقاصة كما يقول القانونيون

أما الاختلافات بين القانون المصرى والالمانى فهى ما تأتى :

١) إن المقاصة فى القانون المصرى تحصل بحكم القانون نفسه وقوته أى تحصل من تلقاء نفسها بمجرد وجود الدينين معاً فى وقت واحد بالشروط المقررة . أما فى القانون الالمانى فعلى العكس من ذلك اذ لا ينقضى الدينان ولا يزولان بهذه الكيفية. بل يظلان قائمين ولكن يمكن فيما بعد تعطيلهما وذلك انه لا بد من ابداء رغبة أحد الطرفين لاجل انقضاء الدينين (المادة ٣٨٨ المانى . — قارن المادة ١٢٤ من قانون

---

(١) double paiement abrégé et automatique

الالتزامات السويسرى) . وليس من اللازم أن يحصل الابداء بالرغبة أمام القضاء بل يجوز الاتفاق عليها بين الطرفين خارجاً وقبل المخاصمة امامه

فاذا أبديت الرغبة من أحد الطرفين بالمقاصة وقعت المقاصة فى الحال وسرى حكمها على ما تقدمها أي أن لها أثراً رجعياً واعتبر الدينان كأنهما قد انقضيا من وقت توافق وجودهما معا (المادة ٣٨٩ ألمانى والمادة ١٢٤ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويسرى) وهنا تتشابه المقاصة الالمانية مع المقاصة المصرية من حيث أن مفعول المقاصة يكون من وقت التقاء الدينين معا . وهذه المقاصة الالمانية تختلف كل الاختلاف عن المقاصة بالرضاء فى مصر (ن ٤٧٤) اذ لا يسري مفعول المقاصة في هذه الحالة الاخيرة الا في الوقت نفسه[1] الذى حصل فيه الاتفاق

٢) ولا يشترط القانون الالمانى كما يشترط القانون المصرى أن يكون الدينان خاليين عن النزاع ومستحقى الدفع . ذلك انه لما نظر القانون الالمانى الى المقاصة باعتبارها وسيلة من وسائل التأمين على دين الدائن فانه لم ير حاجة مطلقا الى اشتراط هذا الشرط الخاص بعدم النزاع والاستحقاق

٣) لا يجوز فى حالة الافلاس أن يدعى المدين للمفلس بالمقاصة فيما له من الدين . وهذا هو حكم القانون المصرى . والحالة عكس ذلك فى القانون الالمانى لأنه من المقرر فيه أن الدين المضمون بتأمينات كالامتياز والرهن يعتبر خارجا عن التفليسة

٧ — فى نقد نظرية المقاصة القانونية فى مصر

٤٧٥ — رأينا فى القانون المصرى أن المقاصة القانونية تقضى بانقضاء الدينين بحكم القانون من وقت وجودهما معا فى وقت واحد . ثم رأينا القانون الالمانى يقول بالأثر الرجعى عند التمسك بالمقاصة أى عند اظهار رغبة أحد الطرفين بالتمسك بها . ومن شأن الاثر الرجعى أن يجعل الدينين كانهما قد انقضيا وزالا من تاريخ التقائهما فى وقت واحد وأن العلة التشريعية الالمانية فى ذلك هو أن القانون الالمانى نظر الى المقاصة باعتبارها أداة لضمان الدين ووسيلة في حمايته أي تأمينا له .

---

(١) ex nunc

ولكن اذا أمعنا النظر فى المقاصة المصرية القانونية ، وهى المقاصة التى لم يقل بها القانون الالمانى . رأينا أن القانون نفسه عمل فى بعض المواد على ما ينقضها و بيان ذلك انه اذا فرض ولم يدفع المدين المرفوعة عليه الدعوى بالدين بدفع المقاصة فهل يجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه ؟ لا يجوّز ذلك لانه من المقرر طبقا للنظام القضائى المصرى أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى فى الدعوى الا فيما يطلبه طرفاها ما عدا ما يمس النظام العام والعوائد الحسنة والاخلاق . وعلى ذلك يجب على القاضى أن يحكم على المدعى عليه بالدين . ويحكم عليه بالدين فى الوقت الذى فيه يقول القانون نفسه بالمادة ١٩٢ مدنى بانقضاء الالتزام بمحض قوة هذا القانون و بدون علم المدين نفسه

وعند مايعود هذا المدين المحكوم عليه بالدين ويرفع هو الآخر دعوى بالمطالبة بماله من الدين ، وهو الدين الذى كان يجب له فيه أن يطلب بالمقاصة من شأنه ، تقبل دعواه هذه ، لا باعتبارها استرداداً لما وفاه بناء على الحكم الملزم له ، أى استرداداً لمبلغ مدفوع بدون وجه حق ، بل باعتبارها دعواه الاولى. بل ويجوز له الاستعانة فى ضمان دينه هذا بالتأمينات التى كانت مقررة لدينه (فيما اذا ثبت بأنه لم يدفع بالمقاصة بسبب جهله بماله من الدين : المادة ١٩٨ /٢٦٢ مدنى و ١٢٩٩ فرنسى)

أليس فى ذلك تعارض ظاهر مع ماقررته المادة ١٩٢ / ٢٥٦ مدنى و ١٢٩٠ فرنسى فى أن الدين يسقط حتى بدون علم الطرفين ؟ فكيف يسقط ولا يسقط ؟

٢) رأينا تحت رقم ٣ من نبذة ٤٦٨ أنه اذا تحول الدين ورضى المدين بالتحويل دون أن يتمسك بالمقاصة فيما له من الدين لدى دائنه قبل الرضاء ، لا يجوز للمدين بعد ذلك التمسك بالمقاصة اضراراً بالمحول اليه (المادة ١٩٧ / ٢٦١ مدنى و ١٢٩٥ فرنسى) أليس فى ذلك أيضا تعارض ظاهر من جانب القانون نفسه فى قوله بان المقاصة القانونية تقع بحكم القانون وبدون علم المدينين ؟ إذ كيف يمكن التوفيق بين انقضاء الدينين بحكم القانونين ثم عدم انقضاء أحدهما فى حالة الاسقاط؟

ومما مر يري أن القول بالمقاصة القانونية ، أى المقاصة التى يقضى بها القانون بقوته وسلطانه ، قول فى الحقيقة لايتفق مع الواقع لانه لا يمكن الدفع بها الا من جانب صاحب الشأن فيها فاذا لم يدفع بها يجوز للقاضى أن يدفع بها من تلقاء نفسه ما دام

أنه لا صلة لها بالنظام العام والاخلاق العامة . ولذا نستطيع القول بحق أن المقاصة القانونية هى قريبة جداً من المقاصة بالرضاء أو المقاصة القضائية وهى تحكي فى ذلك المقاصة الرومانية التى كان لا بد فيها من أن يدفع بها بالدفع الخاص بالغش

٤) فى اتحاد الذمة

١ — فى أحوالها وآثارها

٤٧٦ — اتحاد الذمة [1] هو الوسيلة الرابعة فى الوفاء . ويراد باتحاد الذمة « . . . اجتماع صفتى دائن ومدين فى شخص واحد بدين واحد ويترتب على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة احداهما للاخرى . » (المادة ٢٠٢/٢٦٦ مدنى و ١٣٠٠ فرنسى)

ويحصل فيما اذا كان الشخص مدينا ثم أصبح دائنا أو العكس بأن كان دائنا ثم أصبح مدينا. ويقع ذلك غالبا فى حالة الميراث. فاذا كان الوارث مدينا لمورثه قبل الوفاة وأصبح بعد الوفاء دائنا للتركة سقط الدين عنه بقدر أصغر المبلغين. واذا كان نصيبه فى الدين أكبر من نصيبه فى الميراث سقط الدين عنه بقدر هذا النصيب الأخير ووجب عليه الوفاء بالفرق

٤٧٧ — **فى آثار اتحاد الذمة** : من آثار اتحاد الذمة انقضاء الدينين : الدين الذى يكون على المدين والدين الذى يكون له : وعلى ذلك تسقط التأمينات على اختلاف أنواعها بسقوط الدينين السالب والموجب

فاذا كان مكفولا بكفيل سقطت الكفالة

واذا كان المدين الذى اجتمعت فيه صفة المدين والدائن أحد المدينين المشتركين فى الدين فلا يسقط من الدين الا بقدر نصيب هذا المدين فى الدين (المادة ٢٠٣/٢١٧ مدنى و ١٣٠١ فرنسى) وتقول المادة الفرنسية ١٣٠٠ بانه يحصل مزج [2] بين الدينين بقوة القانون . ومن شأن المزج أن يترتب عليه انقضاء الدينين. وتقول المادة ٢٠٢/٢١٦ المصرية إن من شأن المزج بين الصفتين معاً صفة الدائن وصفة المدين أن تتلاشى

---
(١) confusion (٢) confusion

الصفتان معاً أى تلاشى الواحدة في مقابل ان تتلاشى الاخرى والمعنى واحد فى التعبيرين وهو انقضاء الدينين

٤٧٨ — ولكن يلاحظ أن اتحاد الذمة لا يعتبر انقضاء للدين بل هو فى الحقيقة عائق يحول دون الوفاء . ويظل هذا العائق قائماً مادامت الصفتان مجتمعتين فى شخص واحد . أى أن اتحاد الذمة لا يقضى على الالتزام بالزوال بل هو يعطله ويحول بينه وبين الوفاء . وهذا هو رأي علماء الرومان فى اتحاد الذمة

٤٧٩ — وهذا الرأي فى اتحاد الذمة — بانه حائل دون الوفاء وليس فيه انقضاء الدين بالذات — يبين لنا معنى ما قلناه في احدى حالات الحلول وهى الحالة الخاصة بمشترى العقار المرهون لآخرين فيدفع الثمن لجماعة الدائنين بدلا من اتباع طريقة التطهير ، « فى أن لهذا المشترى رهنا على ملكه الخاص »[1] (المادة ١٦٢ فقرة ٣ عبارة ٢/٢٢٥ مدنى و ١٢٥١ فقرة ٢ فرنسى) ذلك أن المشترى يدفع الثمن لأقدم الدائنين فيحل محله في حقوقه بقوة القانون[2] دون أن يتفق على ذلك مع الدائن الموفى اليه بدينه . فاذا قيل بأن اتحاد الذمة انقضاء للدين أليس يترتب على ذلك أن هذا الدين الجديد الذى اكتسبه المشتري ينقضى هو الآخر باتحاد الذمة ، وانه يترتب على ذلك أن الحلول يزول بمجرد وجوده ؟ الواقع أن ذلك لا يحصل اذا نظرنا الى اتحاد الذمة ، لا باعتباره وسيلة فى انقضاء الدين وزواله ، بل عائقا يحول دون الوفاء بالالتزام . ففى الحالة الخاصة بذلك المشترى تسري أحكام اتحاد الذمة بمعنى أن المشترى بعد أن أصبح دائنا مرتهنا بحق الرهن على ملكه هو فهو لا يستطيع مقاضاة نفسه . أما اذا جاء دائن آخر ذو مرتبة أقل من مرتبة المشتري وأخذ فى بيع العقار بالمزاد العلني وبيع العقار فعلا وأودع ثمنه فان المشترى يأتى فى هذه الحالة ويأخذ الثمن الذى دفعه من الثمن المودع ، ذلك لانه لا يوجد فى هذه الحالة استحالة فى الوفاء وهى تلك الاستحالة التى تفيد اتحاد الذمة بالمعنى الصحيح[3]

---

(١) hypothèque sur sa propre chose (٢) ipso jure

(٣) كولين وكابيتان ج ٢ ص ١٢٥

٢ — فى نقد نظرية اتحاد الذمة
وفي تحليل المقاصة الى اتحاد الذمة

٤٨٠ — مما مر يتجلى القول بأن اتحاد الذمة لا يعتبر زوالا للدين بل هو فى ذاته عائق أو استحالة مؤقتة تحول دون الوفاء كما قرر ذلك علماء الالمان . فاذا زال العائق وارتفعت الاستحالة صح الوفاء كما فى حالة المشترى الذى حل محل الدائن في حقوقه ، لانه إذا قيل بانقضاء الدين بالثمن الملزم به المشترى بمجرد دفعه للدائن ، أى بمجرد اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد ، فان ذلك يحول دون ظهور الدين للمشترى فيما بعد عند اقتسام ثمن المبيع بالمزاد . أما اذا قيل بان فى اتحاد الذمة فى هذه الحالة ما يحول مؤقتاً دون الوفاء فان ذلك يتفق تماماً مع احتمال أخذ المشترى دينه من ثمن المبيع بالمزاد كما قررنا

ومما تقدم نستطيع القول بان المقاصة تعتبر في ذاتها هى الاخرى اتحاداً في الذمة بالنسبة لكل من المتقاصين . إذ يعتبر كل منهما على حدة جامعاً فى شخصه صفتى الدائن والمدين . فالدين الموجب فى الواحد منهما لا ينقضى مع وجود الدين السالب من تلقاء نفسه وبقوة القانون . بل كل ما يحصل هو كما رأينا فى اتحاد الذمة أن الوفاء بالدين الموجب أصبح معطلا بوجود الدين السالب . فاذا زال الدين السالب أى اذا زال العائق أمكن الوفاء وقتئذ بالدين السالب . نعم ولو أن ذلك يتناقض مع ما قررته المادة ١٩٢ / ٢٥٦ مدنى و١٢٩٠ فرنسى من أن المقاصة وفاء يحصل بقوة القانون وبدون علم المتقاصين الا اننا لم ننس بعد ما قررناه من أن القانون عمل على نقيض هذه المادة في أحوال بينها في المواد ١٩٧ / ٢٦١ مدنى (حالة الاسقاط) و ١٩٨ / ٢٦٢ مدنى (حالة الوفاء بالدين مع عدم التمسك بالمقاصة وبقاء التأمينات) والمادة ١٩٩ / ٢٦٣ مدنى (حالة الحجز تحت يد الغير)، اذ قلنا بأن المقاصة هى فى الحقيقة ليست حتمية من تلقاء نفسها لان القاضى لا يقول بها عند سكوت صاحب الشأن فيها ولانه لا بد من المطالبة بها . وهذا ما يقرب القانون المصرى من القانون الالمانى

الذى جعل المقاصة وسيلة من وسائل الوفاء عند التمسك بها واظهار الرغبة فى المطالبة بها . وأما قبل المطالبة بها فهى ليست شيئاً ما

وعلى ذلك اذا اعتبرنا كل طرف من طرفى المقاصة شخصاً اجتمعت فيه صفتا الدائن والمدين أمكن القول بأن أركان اتحاد الذمة متوافرة فى كل من الطرفين . أى انه لا وفاء بالدين بل هناك حائل أو استحالة مؤقتة دون الوفاء فاذا زال الحائل أمكن الوفاء

ومن هنا نرى أن اتحاد الذمة والمقاصة يتفقان فى أن لكل منهما طرفين . وكل طرف يجمع فى ذاته بين صفة الدائن وصفة المدين أى يحمل على عاتقه ديناً له وديناً عليه أى ديناً موجباً وديناً سالباً وان الحقيقة ان اجتماع الدينين الموجب والسالب ليس من شأنه حصول الوفاء فى الحال بل هو مجرد عائق يحول دون الوفاء بحيث اذا زال عاد إمكان الوفاء

٥) فى الابراء من الدين

١ ــ أحوال الابراء وآثاره

٤٨١ ــ الابراء من الدين[١] هو ترك الدائن حقه فى الدين الى المدين بدون مقابل . واذا لم يكن الترك بدون مقابل فلا يعتبر ابراء بل هو اما استبدال[٢] وإما وفاء بغير النقد[٣]. والاصل في الابراء التبرع . وعلى ذلك يجب فيه توافر شرط الاهلية فى التبرع (المادة ١٨٠/٢٤٣ مدنى)

واذا كان الابراء تبرعا أى هبة إلا أنه لا يخضع للشروط الشكلية للهبة أى أنه لا تشترط فيه الرسمية المقررة بالمادة ٤٨/٧٠ مدنى و ٩٣١ فرنسى . وقد نص على ذلك صراحة القانون الالمانى (المادة ٣٩٧ مدنى) وجرت التقاليد الفرنسية على الاخذ بهذا المبدأ ولم يوجد بالقانون المصرى ما ينقضه . بل يوجد به ما يؤيده لان القانون المصرى ، وكذلك القانون الفرنسى ، قرر صحة الابراء الضمني إذا استفيد من ظروف خاصة (المادة ٢١٩/٢٨٤ مدنى و ١٢٨٢ و ١٢٨٣ فرنسى) وذلك لأن

(١) remise de dette (٢) novation (٣) datio in solutum

فى تسليم أصل سند الاستدانه أو تسليم الصورة التنفيذية دليلا على الوفاء من المدين (المادة ٢١٩ / ٢٨٤ مدنى) ـ أما القانون الفرنسى فانه يقول بان تسليم أصل السند الموفى دليل على الوفاء (المادة ١٢٨٢) وان تسليم الصورة التنفيذية [١] قرينة على الوفاء أو الابراء (المادة ١٢٨٣)

واذا كان الابراء غير خاضع لشروط شكلية فى الوضع فانه لابد فيه من توافر شرط الرضاء من الطرفين الدائن والمدين لانه لا يعتبر من العقود ذات الطرف الواحد والدليل على ذلك ماقرره القانون الفرنسى بالمادتين ١٢٨٥ و ١٢٨٧ مدنى من أن الابراء من الدين هو تنازل أو اعفاء أو اسقاط بالرضاء [٢] وعلى ذلك لا يجوز للدائن اكراه مدينه على الابراء بل يجب رضاء المدين به أيضاً . وقد اعترض على هذا الرأى بأن المادة ١٢٣٦ الفرنسية المقابلة للمادة ١٦١ / ٢٢٤ مدنى تبيح جواز الوفاء من الغير أى من غير المدين أى انه لا يشترط فى هذه الحالة رضاء المدين . ويرد على هذا القول أن الوفاء من الغير لا ينتج نفس النتائج الناشئة عن الابراء لان للابراء باعتباره هبة نتائج تخالف الوفاء من طريق الغير أى غير المدين . هذا ويلاحظ أن القانون المصرى لم ينقل عبارة الاعفاء بالرضاء [٣] الواردة بالمادتين ١٢٨٥ و ١٢٨٧ الفرنسيتين ولذا يمكن للرأى الثانى ان يجد له سنداً فى القانون المصرى يعوزه فى القانون الفرنسى

٤٨٢ — واذا كان الابراء عقداً مما يجب فيه رضاء المدين ، على حسب المذهب الاول ، ففى اى وقت يتم حينئذ الابراء ؟ هل يتم في الوقت الذى يعرض فيه الدائن ، او فى الوقت الذى يحصل فيه الرضاء من المدين ، او فى الوقت الذى يعلم فيه الدائن برضاء المدين ؟ يقول القانون المصرى بأن الهبة تتم بمجرد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له (المادة ٤٨ / ٧٠ مدنى) وقرر القانون الفرنسى بالمادة ٩٣٢ فقرة ثانية انه اذا اعطى رضاء الموهوب له بعقد على حدة وجب ان يكون رسميا وانه لا تنتج الهبة آثارها القانونية الا من وقت علم الواهب بهذا الرضاء . والمفهوم ان هذا الرضاء المنفرد لا بد ان يكون كذلك رسميا بالقانون المصرى ولو لم ينص عليه والا كان ذلك مخالفة

(١) grosse (٢) décharge conventionnelle (٣) décharge conventionnelle

صريحة لشرط الرسمية [1] ولكن هل يجب الاخذ بالقانون المصري ايضاً بشرط علم الواهب بالرضاء ؟ سواء اخذ به او لم يأخذ فان مثل هذا الشرط خاص بالشرائط الشكلية للهبة وقد قررنا بأن الابراء معفى من القيود الشكلية جميعها الخاصة بالهبة وعلى ذلك يعتبر الابراء تاما وصحيحاً من يوم رضاء المدين به أي من يوم التقاء الرضاءين [2] دون الحاجة الى علم الدائن برضاء المدين . واما على حسب الرأى الثانى القائل بأن الابراء ذو طرف واحد فان الابراء يتم بمجرد افصاح الدائن عن رغبته فيه دون التوقف على رضاء المدين

والابراء إما صريح وإما ضمني

فالصريح ما يقع بواضح القول واللفظ بما لا يترك مجالا للشك

وأما الضمنى فهو ما يستفاد من ظروف خاصة كتسليم سند الدين الى المدين . وتسليم أصل السند قرينة على الوفاء او الابراء

هذا وقد رأينا أن القانون المصرى يقرر بالمادة ٢١٩/٢٨٤ مدنى بأن « اثبات التخالص من الدين يكون بتسليم سنده أو صورته الواجبة التنفيذ الى المدين » أى ان وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة على الوفاء . ويجوز ايضاً ان يكون قرينة على ابراء الذمة . واذا قيل بالثانى وجب على من يدعيه الاثبات

٤٨٤ — أما القانون الفرنسى فانه ميز بين ما اذا كان المعطى للمدين من الدائن سند عرفى أو الصورة التنفيذية لسند رسمى . فاذا كان الموجود تحت يد المدين هو أصل السند العرفى دل ذلك على الوفاء (المادة ١٢٨٢ مدنى فرنسى) واذا كان الموجود تحت يد المدين الصورة التنفيذية كان ذلك قرينة على الوفاء أو الابراء (المادة ١٢٨٣) أى أن القانون الفرنسى ميز بين أصل السند العرفى والصورة التنفيذية فجعل من الاول دليلا كاملا مطلقاً . وجعل من الصورة التنفيذية دليلا نسبيا ناقصاً . ذلك لانه ليس من السهل الحصول على الاصل ولكنه من السهل الحصول على الصورة

أما القانون المصرى فقد أحسن فى وضعه للمادة ٢١٩/٢٨٤ مدنى بطريقة

(١) دى هلس ج ٢ ص ١٠٣ ن ١٧ (٢) concursus voluntatum

عامة اذ جعل مجرد وجود الاصل أو الصورة التنفيذية قرينة أو دليلا على الوفاء ولم يميز بين أصل السند العرفى أو الرسمى وبين الصورة التنفيذية لهذا الاخير سواء كان سندا رسميا أو حكماً. واذا ادعى الدائن أن وجود السند أو الصورة التنفيذية هو لغير الوفاء أي للابراء أو لغير الابراء والوفاء لزمته اقامة الدليل. وهذا الايجاز من الشارع المصرى فى تقرير هذه القاعدة قد جاء أحكم وضعاً وأدق تعبيراً من نصوص الشارع الفرنسى

٤٨٥ — ويشترط فى تسليم السند الى المدين أن يكون اختياريا أى بارادة الدائن فاذا ادعى أن وجود السند تحت يد المدين هو بغير ارادته أى لأى سبب آخر كالسرقة وغيرها لزمه الدليل لانه من المقرر قانوناً ان من يدعى على خلاف ما يؤيده الظاهر يلزمه الدليل

٢ـ فى الابراء من الدين بسبب تصالح المفلس مع جماعة دائنيه

٤٨٦ ـ هذا الابراء الذى انتهينا منه يسمى بالابراء « المدنى الشخصى » [١] وهناك ابراء آخر يسمى بالابراء التجارى الاجماعى [٢] وهو ما يحصل فى حالة تصالح المدين مع دائنيه [٣] عند افلاسه هو (المادة ٣١٧/٣٢٧ تجارى و ٥٠٧ فرنسى) والتصالح هذا هو اتفاق المدين مع دائنيه على أن يدفع لهم جزءاً من الدين نظير ابرائه من الباقى

الا أن هناك فروقاً بين الابراء التصالحى هذا [٤] والابراء العادى الحقيقى :

١) إن الابراء التجارى التصالحى لا يعتبر تبرعا [٥] من قبل الدائنين . ذلك لانهم لم يتصالحوا مع مدينهم بنية التبرع له بل أرادوا فقط أن يتداركوا ما يحتمل أن يقع لهم من خسارة أكبر وأعظم فيما اذا أصروا على السير معاوجنبا لجنب فى الاجراآت القانونية الخاصة بالافلاس ، وما يترتب على ذلك من طول الوقت وكثرة المصاريف

(١) remise de dette civile et individuelle (٢) remise de dette commerciale et collective (٣) concordat (٤) remise concordataire (٥) acte à titre gratuit

أو بخس ثمن الاشياء المباعة بالمزاد . وعلى هذا الاعتبار لا ينتج عن التصالح التجارى هذا ، الروابط القانونية التى تقع بين الواهب والموهوب له

٢) لا يعتبر دائما وأبداً الابراء التصالحى عملا اراديا من جميع الدائنين . بل يحصل هذا التصالح بناء على الاقتراع من جانب أغلبية الدائنين . وأما الاقلية فانها تلزم بتحمل خسارة لم ترض بها

على أن التصالح يعتبر على الاكثر وسيلة للتصفية لا وسيلة فى انقضاء الدين وزواله ولذا ينشأ عنه التزام طبيعى تشتغل به ذمة المفلس أى أنه يجوز الوفاء به فيما بعد ويكون الوفاء وقتئذ صحيحا . وفوق ذلك فانه لا يجوز للمدين أن يحصل على عودة الثقة اليه ورفع تبعة الافلاس عنه وهذا ما يسمى اعادة اعتباره اليه [1] الا اذا دفع ديونه برمتها

٣ ـ فى آثار الابراء بالنسبة لغير المدين

٤٨٧ ـ لا يقتصر أثر الابراء على المدين فقط بل تتعدى آثاره الى آخرين أيضا :

١) **بالنسبة للكفيل** : تبرأ ذمة الكفيل بابراء ذمة المدين (المادة ١٨١ / ٢٤٤ مدنى و ١٢٨٧ فرنسى)

٢) **بالنسبة للمدينين المتضامنين** : تبرأ ذمة المدينين المتضامنين بمقدار نصيب زميلهم الذى ابرئت ذمته . أى يستنزل نصيبه من الدين و يطالب بقية المدينين ببقية الدين (المادة ١٨٢ / ٢٤٥ مدنى) واذا أعسر أحد الطالبين هؤلاء جاز الرجوع على من ابرئت ذمته بقدر ما يصيبه فى مقدار المبلغ الذي وقع فيه الاعسار (المادة ١٨٣ / ٢٤٦ مدنى)

٣) **بالنسبة للمدين** : لا تبرأ ذمة المدين بابراء الكفيل (المادة ١٨٤ / ٢٤٧ مدنى)

٤) **بالنسبة لتعدد الضامنين** : اذا تعدد الضامنون في دين وأبرأ الدائن ذمة

---

(١) réhabilitation commerciale

احدهم جاز للباقى مطالبته بالضمان اذا كانت ضمانته سابقة على ضمانتهم أو مقارنة لها (المادة ١٨٥ / ٢٤٨ مدنى)

وسنبين ذلك بالايضاح عند ما تتكلم على الكفالة والتضامن وما يعترضهما من الاشكالات المختلفة

٦) فى ضياع الشىء الملتزم به
أو فى استحالة التنفيذ

٤٨٨ — هذه هى الوسيلة السادسة فى انقضاء الالتزام وزوال الدين وذلك انه اذا حال بين المدين والوفاء بالالتزام حائل لا شأن لارادة المدين فيه أصبح الالتزام منقضياً . أى يزول الالتزام عن عاتق المدين اذا لم يقع من جانبه تقصير ما . وعلى ذلك ينقضى الالتزام فيما اذا ضاع الشىء محل الالتزام فى حادث جبرى أو حالة قهرية كما اذا تعهد مزارع بتوريد ١٠٠ قنطار من القطن الناتج من محصول أرضه فجاءته آفة سماوية وقضت عليه أو تعذر على المدين القيام بالوفاء لعذر طرأ عليه كما اذا تعهد مغن بالغناء فى مسرح ومرض ليلة الغناء . والمدين ملزم باثبات القوة القاهرة والحادث الجبرى ، وعليه رد ما أخذه للدائن (المادة ١٣٠٢ مدنى فرنسى)

وما دام أن الملكية تنتقل بفعل العقد الى الدائن (المادة ٤٥ / ٦٧ مدنى و١١٨ / ١٧٥ مدنى) فان جميع الحقوق المتعلقة بهذا الشىء تنتقل ايضاً الى الدائن . وعلى ذلك لا محل لما قالته المادة ١٣٠٣ فرنسى بانه فى حالة ضياع الشىء أو استبعاده من المعاملات التجارية يجب على المدين أن يتنازل للدائن عن الحقوق والدعاوى الخاصة بالتعويض . وانما وردت هذه المادة من طريق نقلها عن بوتييه بدون الالتفات الى أنه كان من المقرر في عصره أن المدين لشىء معين يظل مالكا للشىء حتى يحصل التسليم (انظر مع ذلك المادة ٢٩٧ / ٣٧١ مدنى)

على أنه يحصل أن المدين لا تبرأ ذمته من الدين بضياع الشىء في حادث جبري أو قوة قاهرة وذلك فى الاحوال الآتية :

١) اذا تحمل المدين بنتائج القوة القاهرة (المادة ١٣٠٢ فقرة ٢)

٢) اذا كان قد سبق التنبيه على المدين بالتسليم فى الوقت الذى هلك فيه الشيء بالحادث الجبري (المادة ١٣٠٢ فقرة ١ فى نهايتها) ولكن يجوز المدين مع ذلك في هذه الحالة الافلات من تبعة المسئولية اذا أثبت أن هلاك الشيء كان لا بد منه سواء وجد تحت يد المدين أو يد الدائن (المادة ١٣٠٢ فقرة ٢)

٣) من بدد شيئاً مسروقا أو ضائعاً فانه ملزم برد قيمته حتى لو هلك الشيء في حادث جبرى (المادة ١٣٠٢ فقرة ٢)

٧) فى التقـادم المسقط

١ — كلمات عامة فى التقادم

٤٨٩ ـ التقادم المسقط هو الوسيلة السابعة فى انقضاء الالتزامات والتقادم من حيث هو على نوعين تقادم مكسب [١] وتقادم مبرئ [٢] أو مسقط . والاول خاص باكتساب الحقوق العينية العقارية ومدته ١٥ سنة . أما اذا كان وضع اليـد مصحوباً بسبب صحيح وحسن نية فالمدة ٥ سنوات . والثانى خاص بزوال الالتزامات وانقضائها ومدته الاصلية ١٥ سنة وله مدد مختلفة ترجع لبعض الديون المعينة بالقانون

وأما ما يتعلق بتملك المنقول فالقاعدة فيه ان الحيازة سند الملكية [٣] (المادة ٦٠٧/٧٣٣ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى) والمفروض فى الحيازة حسن النية حتى يقوم الدليل العكسى (المادة ٦٠٨/٧٣٣ مدنى) واذا كان المنقول مسروقا أوضائعاً جاز للمالك الاصلى استرداده على شرط دفع قيمته للمشترى اذا كان الشراء حاصلا من تاجر فى سوق عام (المادة ٨٧/١١٦ مدنى) وللمشترى حق حبس المنقول حتى تمام الوفاء بثمنه . واذا مضت مدة ٣ سنوات على المالك الاصلى دون المطالبة سقط حقه فى المقاضاة واكتسب المشترى ملكية المنقول نهائياً (المادة ٨٦/١١٤ مدنى) ويفهم مما تقدم أن التقادم فى العقار ١٥ سنة أو ٥ سنوات وفى المنقول ٣سنوات

---

(١) usucapion أو prescription acquisitive

(٢) pres. libératoire أو pres. extinctive

(٣) en fait de meuble possession vaut titre

وأما التقادم فى انقضاء الالتزامات فهو ١٥ سنة فى الاصل وأقل من ذلك فى مدد مختلفة فى أحوال خاصة

ولما كان التقادم المكسب والمسقط يتفقان فى الاصول القانونية العامة فقد أفرد لها القانون الفرنسى باباً واحدا قسمه الى جملة فصول عالج فيها القواعد المشتركة ثم القواعد الخاصة بكل منهما : كل ذلك تحت باب واحد . (المواد ٢٢١٩ ــ ٢٢٧١) وقد انتقد بعض رجال الفقه هذا الوضع ورأوا أنه كان الاجدر بالشارع الفرنسى فصل التقادمين عن بعضهما البعض [1] وقد أخذ الشارع المصرى بهذا النقد ولذا وضع قانونه المختلط سنة١٨٧٥ وقانونه الاهلى سنة١٨٨٣ وفصل فيهما التقادم المكسب عن التقادم المسقط وأفرد لكل منهما فصلا (المواد ٧٦ ــ ٨٧ / ١٠٢ ــ ١١٨ مدنى للتقادم المكسب ــ و ٢٠٤ ــ ٢١٣/٢٦٨ ــ ٢٧٧ مدنى للتقادم المسقط) على أن هذا النقد الموجه للقانون الفرنسى لم يكن وجيهاً فى كل أجزائه لأن وحدة التشابه في التقادمين واقعة فى مسائل كثيرة ترجع لجوهر التقادم فى ذاته ولبعض الخواص المشتركة كقطع المدة وايقاف المدة وحساب المدة والقواعد فى هذه المسائل المشتركة عامة على الاثنين فالاجدر فيها أن توضع في باب واحد عام تشمل النوعين . وبعد أن عالج الشارع المصرى التقادم المكسب فى المواد ٧٦ ــ ٨٧ / ١٠٢ ــ ١١٨ مدنى جاء فى التقادم المسقط وقرر بالمادة٢٠٥ /٢٦٩ بان ماقرره فى الاول من حيث انقطاع أو ايقاف سريان المدة يسرى على التقادم المسقط . وظن أن وحدة الشبه بين التقادمين حاصلة فقط فى القطع والايقاف دون غيرهما . على أن هناك قواعد أخرى عامة مشتركة بين الاثنين على جانب من الاهمية مثل حساب المدة والتنازل عن التقادم والتمسك به كدفع موضوعى وعدم جواز التمسك به ضد المحجور عليهم أو ضد من اعترضه حادث جبرى حال دون المطالبة القانونية وغير ذلك من المسائل الهامة

ولما كان الشبه قائماً حتما بين النوعين وأنه ليس من السهل الالمام بحقيقة التقادم المسقط وهو منعزل عن نظيره التقادم المكسب رأينا ضرورة الاشارة من باب الايجاز الى التقادم المكسب فيما يتعلق بخواصه الموقوفة عليه ثم التكلم على القواعد المشتركة

(١) كولين وكابتان ج ١ ص٩٨٥

بين النوعين . وبعد ذلك كله نشرح القواعد الخاصة بالتقادم المسقط وبهذه الطريقة يتجلى التقادم من حيث هو ويزول عنه كل غموض

٢ — في التقادم المكسب (١)

٤٨٩ — يكفى للالمام بالتقادم المكسب الماماً عاماً الاطلاع على المواد ٧٦ - ٨٧ مدنى . والتقادم المكسب هذا يتعلق بنظرية الملكية وهى ليست داخلة فى موضوعنا . انما نظراً للصلة المتينة جداً القائمة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط وتعذر فصلهما عن بعضهما البعض فصلا تاماً ، رأينا ضرورة ذكر بعض خواص التقادم المكسب ثم شرح القواعد المشتركة بين النوعين . ثم ننتهى بشرح خواص التقادم المسقط

وها نحن أولاء نذكر الآن القواعد الخاصة بالمكسب والمشتركة بين النوعين:

١) أخذوا على التقادم المكسب أنه تأييد للمغتصب وانتصار لغير المالك وهضم لحق هذا الاخير

٢) ولكن يرد على ذلك ان فوائده جمة الى حد انه نعت « بمنظم أو مدبر الجنس البشرى » (٢) والغرض منه عدم المساس بحالة ظلت مضطردة على وتيرة واحدة لانه مما يؤذى النظام الجماعى ان تمس حقوق مطمئنة ثابتة ومستقرة

٣) المالك الحقيقى مهمل فعليه اهماله

٤) المفروض من عدم تحرك المالك الاصلى انه تنازل لواضع اليد الآن عن الملكية أى أن هناك قرينة قانونية (٣)

٥) ان التقادم المكسب يعفى المالك الحاضر من الادلاء بالادلة الكتابية الدالة على ملكيته وعلى ملكية من ملكه ومن ملك من ملكه وهكذا

ويجب فى التقادم المكسب أن تتوافر الشروط الآتية :

---

(١) رأينا هنا ضرورة الالمام بالاصول المقررة بالتقادم المكسب لان فى ذلك تمهيدا لازما للتقادم المسقط ولان اغلب احكامه تمشى ايضا على هذا التقادم المسقط كما يحصل ذلك فى حساب المدة والقطع والايقاف وغير ذلك من المسائل التى يشترك فيها نوعا التقادم المكسب والمسقط .

(٢) patronne du genre humain

(٣) présomption légale

١) أن يكون هناك وضع يد مملك أى بنية التمليك . وأما أعمال التسامح [١] فلا تفيد. وكذلك لا تملك بمضى المدة اليد النائبة عن الغير [٢] ويسرى التقادم على حقوق الارتفاق على شرط أن يكون الانتفاع ظاهراً [٣] وغير منقطع [٤]

٢) أن تمضى مدة ١٥ سنة . وكيف تحتسب هذه المدة ؟ وما هو التاريخ الذى يرجع اليه فى عملية الحساب ، هل هو التاريخ الهجرى أو التاريخ الميلادى ؟

هنا يشترك التقادمان معاً ولذا فالقول فيهما عام شامل لهما

فى حساب المدة

١ — تحتسب مدة التقادم باليوم لا بالساعة (المادة ٢٢٦٠ مدنى فرنسى) ولا تحتسب كسور اليوم . وعلى ذلك فلا يحسب أول يوم من أيام وضع اليد [٥] أى لا يدخل ضمن مدة التقادم

٢ — تتم مدة التقادم بآخر يوم لوضع اليد . أي أن هـذا اليوم [٦] يحتسب ضمن المدة (المادة ٢٢٦١ فرنسى)

٣ ـ أيام الاعياد [٧] تحتسب ضمن مدة التقادم ، أي هى وأيام العمل [٨] سواء

١ — فى كيفية احتساب المدة

٤٩٠ ـ قد يتعامل الناس فى مصر بالتاريخ الهجرى والتاريخ الميلادى والتاريخ القبطى معاً . ويغلب الاخير فى المعاملات الزراعية ، والثانى فى غير ذلك من المعاملات التجارية والمدنية . وأما الاول فالعمل به نادر

فما هو التاريخ الذى رجع اليه حينئذ الشارع المصرى فى احتساب المدة ؟ لم يقرر الشارع قاعدة عامة يؤخذ بها فى جميع الاحوال . الا انه قرر فى المادة ٢١١ / ٢٧٥ مدنى بانه يرجع الى السنة الهلالية [٩] فى احتساب المرتبات والفوائد والمعاشات والاجر وكل ما يستحق دفعه سنوياً أو فى أقل من سنة . وربما يتبادر الى الذهن بان التصريح

---

(١) acte de tolérance أو simple أو acte de pure faculté

(٢) à titre précaire

(٣) apparent

(٤) non discontinu

(٥) dies a quo

(٦) dies ad quem

(٧) jours fériés

(٨) jours ouvrables

(٩) calendrier arabe

فى هذه الحالة فقط بالسنة الهلالية يستفاد منه انه فى الاحوال الاخرى يؤخذ بالتاريخ الميلادى أو غيره . ولكن هذا غير صحيح على الاغلب [١] ولا عبرة بما يقال من أن الشارع أشار الى الاخذ بالتاريخ الميلادى فى المادة ٢٠٩ / ٢٧٣ مدنى بشأن المبالغ المستحقة للمحامين والاطباء وهى التى تسقط بمضى ٣٦٠ يوماً. وكذلك فى المادة ٢١٠ / ٢٧٤ مدنى حيث قرر أن المبالغ المستحقة لكتبة المحاكم والمحضرين تسقط بمضى ٣٦٠ يوماً أى السنة التى اتبعها الشارع الفرنسى . ولكن هذه المدة ليست على الحساب الميلادى، ولا على الحساب الهجرى (ويلاحظ انه ورد بالنسخة الفرنسية لفظ « الحساب العربى »[٢] وهذا يوهم بان هناك حسابا عربيا غير الحساب الهجرى وهذا غير صحيح أيضاً) [٣]. واذا كان الشارع قد قرر الأخذ بالحساب الهلالى فى مضى المدة بخمس السنوات فهو من باب أولى يعتمد عليها فى حساب التقادم بمضى ١٥ سنة [٤]

ب — فى ضم مدد وضع اليد

٤٩١ — تضم مدة واضع اليد الحاضر الى من ملكه (المادة ٧٧ / ١٠٣ و ٢٢٣٥ فرنسى) وهو ما يسمى بالضم فى وضع اليد[٥] واذا لم يؤخذ بالضم استحال التملك بالتقادم فى حالات عدة . وكل هذا على شرط أن يكون هناك بين واضع اليد الحاضر والسابق صلة تربط الاثنين [٦]

ج — فى قطع مدة التقادم

٤٩٢ — يراد بالقطع [٧] الاعمال التى تعتور التقادم فى سريانه فتفسد عليه ما تقدمه وتصبح بها المدة السابقة كأنها لم تكن . أى أن واضع اليد لا يملك بالتقادم بعد ذلك الا اذا مضت مدة جديدة غير المدة السابقة (المادة ٨١/١٠٩ مدنى)

والقطع على نوعين طبيعى وقضائى (المادة ٢٢٤ مدنى فرنسى)

١) القطع الطبيعى [٨] ويراد به الحوادث التى تقطع المدة وهى انقطاع واضع

---

(١) دى هلس ج ٣ ص ٣٣١ ن ٦٨ (٢) les calendriers arabes (٣) دى هلس ج ٣ ص ٣٣٢ ن ٦٨ (٤) استئناف م ٧ يونيو سنة ٩١٧ م ت ق ٢٩ ، ٤٩٠

(٥) jonction ou accession des possessions (٦) succession ou transmission

(٧) interruption (٨) interruption naturelle

اليد عن الانتفاع بالعقار مدة سنة سواء كان ذلك بفعل الملك الحقيق أو بفعل الغير (المادة ٨٢ فقرة ١ / ١١٠ مدنى و٢٢٤٣ فرنسى) وللسنة هذه رابطة بالمادة ٢٦ فقرة ٢٩/٣ مرافعات الخاصة بدعاوى وضع اليد فاذا كانت المدة أقل من سنة فلا عبرة بها [1]

٢) القطع المدنى [2] ويحصل بطريقتين اما بطريق القضاء واما باقرار واضع اليد

الطريقة الاولى — مقاضاة المالك الحقيقى لواضع اليد : يراد بالمقاضاة [3] طلب محاسبته أمام القضاء وينتج عنها قطع نسبى [4] أى لا يحتج بالقطع الا بالنسبة لمن خوصم أو بالنسبة لخلفائه [5] وهذا على خلاف القطع الطبيعى [6]

والمقاضاة تحصل اما برفع دعوي [7] واما بالتنبيه بالوفاء [8] واما بالحجز [9] والاخيران خاصان بالوفاء المسقط وسنتكلم عليهما فى مكانه . ونقصر القول هنا على رفع الدعوي باعتبارها حالة عامة تمشى على النوعين من التقادم

فما هو المقصود حينئذ من رفع الدعوى وفى أى حالة يعتبر رفع الدعوى قاطعاً ؟

المسألة الاولى : المقصود من رفع الدعوى : هل يجب فيها أن تكون الدعوى قد أعلنت فعلا الى واضع اليد شخصياً ؟ الجواب ان ذلك ليس من الضرورى بل يكفى أن تكون صحيفة الدعوى قد أعلنت طبقا للقواعد المقررة فى قانون المرافعات لانه لا يجوز أن يتحمل المدعى نتيجة ابطاء القضاء [10] مادامت نيته قد ظهرت بأنه يريد التمتع بحقه

المسألة الثانية : هل الدعوى المستعجلة تعتبر فى مقام الدعوى العادية القاطعة للتقادم ؟ الدعوى المستعجله [11] قاطعة للتقادم اذا انحصر فيها البحث على مجرد اتخاذ عمل تحفظى [12] وأما اذا مس الطلب فيها الموضوع اعتبرت قاطعة [13]

---

(١) راجع فى تفاصيل هذا الموضوع كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ٤٥١ ومابعده وفيما يختص بالسنة بند ٤٦٤ و ٤٦٥ . — وراجع مرافعات الدكتور عبدالفتاح بك السيد ص ٣٣٢ ن ٣٥٤
(٢) interruption civile (٣) interpellation (٤) effet interruptif relatif
(٥) ayants cause (٦) د . ٩٠٧ ، ١ ، ١٥١ (٧) citation en Justice
(٨) commandement (٩) saisie (١٠) د ، ٩٠ . ٢ ، ٦٣ (١١) demande en référé
(١٢) mesure conservatoire (١٣) د ، ٨٣ ، ١ ، ٢٧٣ . — س ، ٨٤ ، ١ ، ٤٩ ومقال « لابيه Labbé »

المسألة الثالثة : وما القول بشأن المقاضاة أمام محكمة الخط لاجل الصلح ؟
طلب الصلح [١] أمام محكمة الخط امر اجبارى على المدعى فيما اذا كانت الدعوى كلية فقط (المادة ١٦ من قانون نمرة ١١ سنة ٩١٢ المعدلة بمقتضى المادة ١١ من لائحة ١٥ مايو سنة ٩١٣ المقررة بقانون نمرة ١٧ سنة ٩١٣) ومتى كان الامر كذلك وجب اعتبار رفع الدعوى قاطعاً للمدة حتى لو كان رفع الدعوى اليها اختيارياً كما يريده بعض الناقدين

متى لا يعتبر رفع الدعوى قاطعاً للمدة : ؟ يعتبر رفع الدعوى غير قاطع للمدة في الاحوال الآتية

١ — اذا كانت عريضة الدعوى باطلة لعيب شكلى [٢] ولكن ألا يتعارض هذا الرأى مع المادة ٢٢٤٦ القائلة بان رفع الدعوى أمام محكمة مختصة لا يمنع قطع المدة اذ الحكم بعدم الاختصاص يترتب عليه بطلان الاجراءات كما يترتب هذا البطلان فيما اذا كانت العريضة باطلة ؟ الصحيح أن لا تعارض لان مسائل الاختصاص مسائل دقيقة فمن العدل أن لا يتحمل صاحب الدعوى نتيجة الخطأ فيها . وأما عيوب عريضة الدعوى فهى على خلاف ذلك . واذا كان لا يوجد للمادة ٢٢٤٦ شبيه بالقانون المصرى الا أنه مأخوذ بها فى أغلب أحكام القضاء المصرى

٢ — ولا محل للقطع اذا تنازل المدعى عن دعواه [٣] أى اذا ترك المرافعة (المادة ٣٠٥/٣٤٨ مرافعات)

٣ — ولا محل للقطع أيضا اذا قضى ببطلان المرافعة [٤] لمضى مدة ثلاث سنوات على الدعوى بالمحكمة دون عمل قضائى من جانب الخصوم فيها (المادة ٣٠١ — ٣٤٤ مرافعات)

٤ — يعتبر قطع المدة الحاصل برفع الدعوى كأنه لم يكن اذا قضى فيها

---

(١) citation en conciliation (٢) assignation nulle pour défaut de forme
(٣) désistement (٤) péremption d'instance

بالرفض [١] (المادة ٢٢٤٧ فرنسى) على أنه قد يمكن القول بانه لم يكن ثمت محل لتقرير هذه القاعدة ما دام أن المدعى عليه حق دفع الدعوى الجديدة. قبله بالتمسك بقوة الشيء المحكوم فيه . واذا رفعت عليه الدعوى الجديدة من غير المالك فلا يجوز أيضا للمدعى الادعاء بقطع المدة لان قطع المدة نسبى كما قررنا لا يتعدى الطرفين . واذا كان الامر كذلك فلم تكن هناك ضرورة للمادة ٢٢٤٧ فيما قررته. ولكن تحصل حالات يجوز فيها الدفع بقطع المدة بسبب رفض الدعوى بناء على النص المذكور وذلك فى حالة ما اذا كانت قد رفضت لعدم توافر شرط خاص فى المدعى كعدم توافر صفة التقاضى فيه [٢] فاذا تجددت من جديد جاز الاستناد الى مضى المدة وعدم اعتبار القطع الحاصل بفعل الدعوى الاولى المحكوم فيها بالرفض وذلك رغما من أن رفضها كان بالحالة التى هى عليها [٣] ولم يكن رفضها مطلقا .

ولما كان القانون المصرى لا يوجد فيه نص على الاثر الناتج عن رفض الدعوى فقد وجب الرجوع الى القواعد العامة التى تقضى بان الحكم لا يكون له حجة الشيء المحكوم فيه إلا فيما يختص بما حكم فيه بالفعل .وعليه فرفض الدعوى بالحالة التى هى عليها لا يترتب عليه فى القانون المصرى ضياع أثر قطع التقادم برفع الدعوى

الطريقة الثانية : الاقرار . من شأن اعتراف واضع اليد بملكية المالك الحقيقى للعقار [٤] أن يقطع مدة التقادم . وهو اما صريح [٥] واما ضمنى [٦] وقضائى [٧] أو غير قضائى [٨] وهو غير خاضع لشكل خاص مقرر من قبل القانون [٩]

د — فى ايقاف التقادم

٤٩٣ — يحصل الايقاف [١٠] فى بعض ظروف خاصة بمعنى أن واضع اليد لا يستمر

(١) rejet (٢) défaut de qualité (٣) Rejet en l'état ou quant à présent
راجع فى هذه النقطة مرافعات الدكتور ابو هيف بك بند ٨٢١ وحكمى النقض الفرنسى الصادرين فى ٥ مايو سنة ١٨٣٤ و ١٤ يونيه سنة ١٨٣٧ فيما يختص بالقانون الفرنسى (٤) reconnais-sance (٥) expresse (٦) tacite (٧) judiciaire (٨) extrajudiciaire (٩) forme préconstituée (١٠) suspension

فى طريقه القانونى المنتج والموصل للتقادم بل تقف المدة حتى يزول العائق ثم تعود المدة الى السير فى طريق التقادم . ولا يحتسب فيها مدة الايقاف ولكن تحتسب المدة السابقة عليه وعلى ذلك فالفرق القانونى بين القطع[1] والايقاف ان فى القطع لاتحتسب المدة السابقة بل لابد من مدة جديدة ، بعكس الحالة فى الايقاف

ومشروعية الايقاف ترجع الى العدالة اذ يراد بالايقاف حماية بعض الاشخاص الذين لا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم

٤٩٤ — ويحصل الايقاف فى حالة ما اذا كان التقادم جاريا ضد مفقود الاهلية شرعا (المادة ٨٤ / ١١٣ مدنى و ٢٢٥٢ فرنسى) سواء كان فقد الاهلية راجعاً لصغر أو عته أو سفه . هذا ويجب ملاحظة ان هذه المادة ٨٤ / ١١٣ المصرية قررت الايقاف فى التقادم الطويل الخاص بمدة ١٥ سنة . ثم جاءت المادة ٨٥ / ١١٤ وقررت الايقاف بالنسبة للتقادم الذى تزيد مدته عن ٥ سنوات . وربما يستفاد من ظاهرهما ان التقادم القصير الخاص بمدة خمس سنوات يصح الدفع به ضد القصر . وهذا غير صحيح لان هذا الابهام فى التعبير جاء من طريق صوغ المادتين صوغا غير حسن ولانه لايوجد تقادم ذومدة بين ١٥ سنة و ٥ سنوات فى القانون المصري . (ماعدا مدة عشر السنوات الخاصة بالمهندسين المعماريين : المادة ٤٠٩ / ٥٠٠ مدنى) ولان مشروعية الايقاف فى التقادم يجب أن تكون واحدة سواء كان التقادم طويلا بمدة ١٥ سنة أم قصيراً بمدة ٥ سنوات . أليس سبب الايقاف فى التقادمين واحداً وهو فقد الاهلية عند المالك ؟ بل ربما كانت حماية مفقود الاهلية فى حالة التقادم القصير ادعى من حمايته فى التقادم الطويل . وأما حسن نية الخصم المعارض لمفقود الاهليه فلا يشفع له الى حد حمايته هو دون حماية مفقود الاهلية

وانا نلاحظ على وضع المادتين ٨٤ / ١١٣ و ٨٥ / ١١٤ مدنى عيوبا ترجع للترجمة العربية وترجع لنفس الكيفية التى وضعت بهما هاتان المادتان

فمن حيث الترجمة : يلاحظ أن المادة ٨٤ / ١١٣ وردت بالنسخة الفرنسية بكيفية خاصة :[2] ووردت ترجمتها بالنسخة العربية كما يأتى : « لايسرى حكم (تملك

---

(١) interruption (٢) a prescription acquisitive en matière immobilière

العقار بمضى المدة الطويلة) ...» فأخرج المترجم الكلمتين الفرنسيتين[١] الى اللغة العربية بعبارة« مضى المدة الطويلة » وهو غير صحيح . لان العبارة الفرنسية تنصرف الى التملك بمضى المدة ١٥ سنة وخمس سنوات مع السبب الصحيح وحسن النية. وكان يجب حذف كلمة (الطويلة) من النسخة العربية حتى تستقيم الترجمة مع الاصل الفرنسى . وعلى ذلك تنصرف المادة الى التقادم الطويل والى التقادم القصير ، ولا يكون هناك محل حينئذ الى التحايل على تفسير المادة ٨٤ / ١١٣ تفسيراً يصرفها أيضاً الى مضى المدة القصيرة[٢]

ومن حيث الوضع التشريعى : نلاحظ أن الشارع المختلط أخذ مادتيه ١١٣ و ١١٤ مدنى ، المقابلتين تماماً المادتين ٨٤ و ٨٥ مدنى أهلى ، عن الشارع الفرنسى ومن المادة ٢٢٥٢ التى قررت أن التقادم [٣] لا يسرى على القصر الخ .وكان يكفى نقل هذه المادة لتقرير القاعدة

وجاء الشارع الاهلى ونقل المادتين المختلطين وصاغهما حرفاً بحرف في المادتين ٨٤ و ٨٥

كان على الشارع أن يكتفى بالمادة ٨٤/١١٣ لانها تؤدى المعنى تماما من حيث عدم سريان التقادم على مفقود الاهلية ، سواء كان التقادم طويلا بمدة ١٥ سنة أم قصيراً بمدة ٥ سنوات . وما كانت هناك حاجة البتة الى المادة ٨٥/١١٤ التى جاءت وأسدلت ستاراً من الغموض على المادة ٨٤/١١٣ وعلى المبدأ العام . ولذلك نرى أن لا قيمة للمادة ٨٥/١١٤ لان كل ما قررته هو أن التقادم الذى يزيد على ٥ سنوات لا يسرى على مفقودى الاهلية [٤] ولا يوجد تقادم يتراوح بين ١٥ سنة و ٥ سنوات الا التقادم بمدة ١٠ سنوات فيما يتعلق بالمهندسين المعماريين والمقاولين . وعلى ذلك كان يجب الاكتفاء بالمادة ٨٤/١١٣ لانها قررت القاعدة المقررة بالمادة

(١) prescription acquisitive (٢) حكم استئناف ٨ ابريل سنة ١٩١٦ الحقوق ٣٢ ص ١٩٥ . — مجموعة جال الثانية ص ٣٣٢ ن ٨٨٤ (٣) prescription (٤) ومن غريب أمر المترجم ان يترجم كلمة prescription فى المادة ٨٤ بالمدة الطويلة ولا يلتفت الى ان هذه الكلمة نفسها وردت بالمادة ٨٥ وهى لا تفيد مطلقا التقادم الطويل لانها تقرر التقادم الزائد عن ٥ سنوات

٢٢٥٢فرنسى سواء كان التقادم لمدة ١٥ سنة أو ٥ سنوات أو(اذا صح هذا الفرض) ١٠ سنوات بشأن المهندسين والمقاولين

وقد جاءت الترجمة العربية للمادة ١١٣ مدنى مختلط صحيحة وهى المقابلة للمادة ٨٤ ، وصيغت بما يأتى : « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة على من يكون مفقود الأهلية شرعاً » وهى ترجمة صحيحة للنسخة الفرنسية ولكن جاءت الترجمة المختلطة للمادة ١١٤ المقابلة للمادة ٨٥ غير صحيحة اذ ورد بها المدة الطويلة مع انه لا محل لها مطلقاً مادام انه لم ينص على المدة الطويلة بالمادة ١١٣. ويلاحظ أن نص المادة ١١٤ مختلط هو كنص المادة ٨٥ أهلى حرفاً بحرف فى النسخة الفرنسية وفى النسخة العربية ويظهر لنا أن المترجم الاهلى لما وجد عبارة المدة الطويلة بالمادة ١١٤ ولم يجدها بالمادة ١١٣ أراد أن يعالج هذا النقص عند ما ترجم المادة ٨٤ أهلى فأضاف كلمة الطويلة على كلمة المدة الموجودة بالمادة ١١٣ مختلط ثم نقلها حرفاً بحرف وجعلها نصا للمادة ٨٤ أهلى. نقول ذلك لاننا لاحظنا أن المترجم الاهلى كان ينقل دائما الترجمة المختلطة فيما اتحد فيه النصان المختلط والاهلى. والدليل على ذلك أن الترجمة العربية للمادة ١١٤ مختلط نقلت حرفاً بحرف للمادة ٨٥ أهلى بالنسخة العربية لان النص الفرنسى واحد فى الاثنين

وربما يعترض على الشارع فى حمايته للقاصر فى حالة التقادم مع أن له وليا منصَّبا عليه سواء كان الولى شرعياً أم مختاراً أم قضائيا ، فان قصر الولى رجع عليه مفقود الاهلية ، والرد على ذلك ان حماية مفقود الاهلية مباشرة أضمن له من رجوعه على وليه عند وقوع الضرر به وذلك لاحتمال اعسار الولى فى حالة الرجوع ، ولأن الخصم حسن النية وهو بالغ أقل استحقاقاً لحماية الشارع بجانب خصمه مفقود الاهلية لان الولاية لا تنهض فى ذاتها سببا كافيا لان تناظر البلوغ عند الخصم البالغ حسن النية والقضاء المصرى يجرى على هذا التفسير الذي فسرنا به المادتين ٨٤/١١٣ و ٨٥/ ١١٤ المشار اليهما

وأما المدد القصيرة جداً وهى التى تقل عن ١٥ سنة و ٥ سنوات فانها تسرى على مفقودى الاهلية كما سيأتى ذلك فى محله عند التكلم على التقادم المسقط

٤٩٥ — ولقد ورد الايقاف فى القانون المصرى بشأن مفقود الاهلية شرعا [١] ولم يرد نص آخر يشير الى غير مفقودى الاهلية . فهل مع ذلك يجوز الاخذ فى هذه الحالة بطريق القياس واعتبار الايقاف صحيحا فى كل حالة تظهر فيها استحالة مادية حالت بين المالك ومطالبته بملكه ، أم أن هذا النص ورد على طريق الاستثناء من القاعدة الاصلية المقررة فى سريان التقادم على الكل وقصر الاستثناء على حالة مفقودى الاهلية دون غيرهم ؟

كان يجرى القانون الفرنسى القديم على جعل الايقاف من المسائل التى يملك القاضى الحرية المطلقة فى تقديرها دون أن يقيد بقيد ما . وكان القضاء الفرنسى القديم قبل سنة ١٨٠٤ يجرى أخذاً بهذه القاعدة على اعتبار التقادم موقوفا عن اداء أثره القانونى كلما اعتوره فى طريقه عارض أى مانع من جانب المالك الحقيقى [٢] اذا كان من شأن المانع أن يحول بين هذا المالك الحقيقى وبين المطالبة بحقه

ولما جاء القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ قرر أن التقادم يحتج به ضد جميع الافراد ما عدا الاحوال المستثناه بنصوص قانونية (المادة ٢٢٥١) . والذى يفهم من تشريع المادة ، على ما كان معروفا فى الزمن السابق على وضعها ، أن الشارع الفرنسى سحب حرية التقدير من القاضى وجعل الايقاف وقفاً على حالات خاصة عينها الشارع نفسه لا يؤخذ فيها بالاقيسة المنطقية المعروفة فى مجال التفسير

ولكن برغم هذا التفسير العلمى فان القضاء الفرنسى لم يعبأ بقسوة المادة ٢٢٥١ التى لا مثيل لها فى القانون المصرى

أما المادة ٢٢٥١ مدنى فرنسى فهى تقول : « يسرى التقادم على جميع الافراد الا اذا وجد الافراد فى حالات استثنائية معينة بالقانون » والجملة الاخيرة تنصرف الى استثناءات ترجع الى ظروف خاصة قائمة ببعض الافراد . وعلى ذلك فلا يجوز أن تستفيد من هذه المادة الحكومة [٣] ولا المقاطعات [٤] ولا المحال والمعاهد العامة [٥] لان المادة ٢٢٥٢ التى قررت الايقاف بالنسبة للقصر [٦] والمحجور عليهم [٧]

(١) ceux qui sont légalement incapables (٢) verus dominus (٣) Etat (٤) communes (٥) établissements publics (٦) mineurs (٧) interdits

لا تسرى على الحكومة ومن في حكمها . ثم قال القضاء الفرنسى بان القانون الفرنسى لم يحظر مطلقا الاخذ بالايقاف فى حالات أخرى لا ترجع هذه المرة الى اعتبارات شخصية خاصة ببعض الافراد المعينين ، بل ترجع لحوادث ووقائع [١] جعلت المالك الحقيقى لا يستطيع مطلقا العمل على قطع المدة السارية اضراراً به . فاذا قطعت المواصلات بسبب الحرب أو بسبب ثورة أو اضطراب واستحال على المالك العمل على حماية ملكه وجب ايقاف سير التقادم وفوق ذلك فان المادة ٢٢٥١ قالت بحالات استثنائية معينة بالقانون ولم تقل بانه يجب على هذا القانون أن يقول بالايقاف بعبارة صريحة [٢] وعلى ذلك يجوز أن يحصل الايقاف عرضا واحتمالا [٣] أى يحصل كلما كان مستفاداً من واقعة جعلته نتيجة حتمية لها : يؤيد ذلك ما تقرر بشأن التقادم المسقط فى حالة الافلاس اذ لا يجوز الدفع بالتقادم ضد دائني التفليسة ما دام أنهم قد منعوا من مباشرة تحصيل حقوقهم بأنفسهم ومن عمل الاجراءات التحفظية [٤]

٤٩٦ — **الحالة فى القانون المصرى** : هل يؤخذ فيه بما أخذ به القضاء الفرنسى أم يؤخذ فيه بالعكس ؟ اننا لا نتردد فى الاخذ فيه بما قرره القضاء الفرنسى لأن الايقاف هو نتيجة حتمية لظروف قهرية كحادث جبرى أو قوة قهرية . وأمام الحوادث الجبرية لا يملك صاحب الحق حرية الانتفاع . فلا يؤخذ بتهمة عمل لا شأن لارادته فيه . والتقادم لوحظ فى مشروعيته اهمال من جانب المالك الحقيقى فاذا انتفى الاهمال فلا محل للتقادم . هذا ومما يشفع لهذا الرأى فى القانون المصرى أنه لا يوجد به ما يقابل المادة ٢٢٥١ التى أثارت حولها هذه الخلافات العلمية [٥]

٤٩٧ — **فى الايقاف بسبب تعليق الحق على شرط أو على أجل** :
لا يسرى التقادم ضد الحق المعلق على أجل أو على شرط (المادة ١٢٥٧ مدنى فرنسى) سواء كان الحق حقاً عينيا عقاريا ، أى يتعلق بالتقادم المكسب أم حقاً متصلا بالمال ، أى يتعلق بالتقادم المسقط . وعلى ذلك فلا تسرى المدة إلا من تاريخ

---

(١) événements (٢) expressément (٣) suspension virtuelle

(٤) د . ١٩٠٠ ، ١ ، ١٢٢ ، س ، ١٩٠٢ ، ١ ، ١٣٣ . ـ كولين وكابيتان ج ١ ص ٨٩٩

(٥) دى هلس ج ٣ ص ٣٢٨ ن ٦ وص ٣٢٩ ن ٦١ . ـ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ ، ١٣ ، ٥٣

استحقاق الحق أو الدين[1] إذ الاهمال من جانب الدائن مستحيل طالما أن الشرط لم يتحقق أو أن الاجل لم يحل

٤٩٨ — التقادم اداة للتملك[2] لا وسيلة في اكتساب الملكية[3] :

جرت عادة المؤلفين على اعتبار التقادم وسيلة من اكتساب الملكية . والحقيقة انه اداة توصل لاكتسابها . ومعنى ذلك أن الملكية لا تكتسب من تلقاء نفسها بمجرد مضى المدة وتصبح داخلة فى مال واضع اليد بمحض قوة القانون وسلطانه بمضى المدة ، بل يجب على المتقادم[4] أن يفصح عن ارادته فى رغبته بالتمسك بالتقادم . وبابداء الرغبة هذه تتحقق الملكية اذ الرغبة تعتبر شرطاً لازماً لاكتساب الملكية وهو الشرط الاخير لها[5] بعد توافر شروط التقادم . وهذا هو ما قررته المادة ٢٢٢٣ مدنى فرنسى — والتى ليس لها مثيل فى القانون المصرى ولكنها تقرر قاعدة عامة حيث تقول « لا يجوز للقضاة أن يحكموا من تلقاء أنفسهم بالدفع الخاص بالتقادم . » أى لا بد للتقادم أن يطلبه صاحبه هو . والسبب فى ذلك أن التقادم ربما لا يتفق أحياناً مع الذمة الصحيحة عند من يعلم بانه يتملك ملك الغير . وتقول المادة ٢٢٢٤ بانه يجوز الدفع بالتقادم فى أى حالة كانت عليها الدعوى

ولكن اذا كان لا يوجد للمادة ٢٢٢٣ مدنى فرنسى شبيه بالقانون المصرى فان عبارة المادة المصرية ٢٠٤ / ٢٦٨ تشير الى معنى المادة الفرنسية اذ تقرر أن « مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه اذا تمسك بذلك »[6] أى لا يحكم القاضى بمضى المدة الا اذا تمسك به صاحب الحق بان قدم هذا الدفع . وهذا يحكى تماما ما قررته المادة الفرنسية من طريق عكسى

هـ — فى سريان التقادم على الماضى

للتقادم أثر رجعى يستند الى الماضى فهو يبطل ما تعلق عليه من حقوق المالك ويؤيد ما تعلق عليه من حقوق المتقادم ، ويملك المتقادم غلة الشيء ملكا نهائياً

---

(١) exigibilité (٢) moyen d'acquérir (٣) mode d'acquérir
(٤) usucapant (٥) condition ultime (٦) "lorsque le débiteur l'invoque"

و — فى التنازل عن التقادم

٥٠٠ ـ تقرر المادة ٨٠ / ١٠٨ مدنى : انه « لا يجوز ترك الحق فى التملك بمضى المدة الطويلة قبل حصوله انما يجوز ذلك بعد حصوله لكل شخص متصف باهلية التصرف فى حقوقه » وبهذا المعنى أيضاً المادة ٢٢٢٠ و٢٢٢٢ مدنى فرنسى . ثم قررت المادة ٢٢٢١ أن التنازل يجوز أن يكون صريحاً أو ضمنيا . وللقاضى حرية واسعة فى تقدير ظروف التنازل (١)

وما معنى التنازل عن التقادم؟ اذا قيل ان التقادم وسيلة فى اكتساب الملكية وان هذه الملكية تكتسب بواسطته بمجرد مضى المدة ومن تلقاء نفسها (٢) فيكون معنى التنازل حينئذ أن التقادم ينقل الحق الذى امتلكه بمضى المدة الى نفس الشخص الذى أضر به مضى المدة، أى أن التنازل يعتبر عملا ناقلا للملكية (٣) ومما يؤيد هذا الرأى ما قررته الفقرة الاخيرة من المادة ٨٠ مدنى المقابلة للمادة ٢٢٢٢ فرنسى ولكن المقرر الآن أن التنازل لا يعتبر عملا ناقلا للملكية بل التنازل هو ترك حق لم يستعمل بعد (٤) ولا عبرة بعبارة الحق المكتسب (٥) الواردة بآخر المادة ٢٢٢١ الفرنسية لانها لا تنصرف الى حق الملكية بل الى حق الافصاح عن الرغبة (٦)

٥٠١ — ويترتب على عدم اعتبار التقادم عملا ناقلا للملكية ما يأتى :

١) ان التنازل لا يعتبر عقداً ذا طرفين (٧) أى لا يشترط فيه رضاء المتنازل اليه على حسب الرأى الغالب الآن وهو عدم اعتبار التنازل عملا ناقلا للملكية بل هو عمل ذو طرف واحد (٨) وعلى ذلك اذا شاب رضاء المتنازل شائبة الغش بطل التنازل حتى لو كان الغش حاصلا من غير المتنازل اليه

٢) لو كان التنازل من الاعمال الناقلة لترتب على ذلك خضوعه لشرائط الهبة. أما والتنازل اقرار من المتنازل الى المتنازل اليه بملكيته فلا يعتبر هبة

---

(١) د ، ٩٠٧ ، ٢ ، ٢٨٩ ومقال « بونسيه Poncet » (٢) automatiquement
(٣) acte translatif (٤) abdication d'une faculté non encore exercée
(٥) droit acquis (٦) كولين وكابتان ج ١ ص ٩٠٢ . (٧) acte bilatéral (٨) acte unilatéral

٣) ما دام أن التنازل ليس عملا ناقلا للملكية فهو غير خاضع للتسجيل

٤) اذا كان التنازل عملا ناقلا للملكية جاز للدائنين الطعن فيه بدعوى الابطال اذا حصل اضراراً بهم طبقا للمادة ١٤٣ / ٢٠٤ و ٥٥٦/٦٨٠ مدنى و١١٦٧ فرنسى ولكن ما دام التنازل هو ترك مجرد حق لم يستعمل بعد فانه لا يجوز فى هذه الحالة للدائنين أن يرفعوا دعوى الابطال بل يجوز لهم فقط أن يعملوا ما يهمل فيه المدين . بمعني أنه اذا لم يتمسك المدين بالتقادم جاز لدائنيه أن يدفعوا به حتى ولو تنازل عنه (المادة ٢٢٢٥ فرنسى) وهذا هو ما تقرره الماده ٢٠٦ / ٢٧٠ مدنى وعلى ذلك يجب رفع الدعوى غير المباشرة المنوه عنها بالمادة ١٤١/٢٠٢ مدنى و١١٦٦ فرنسى[1]

وقد قررت المادة ٧٠ / ١٠٨ مدنى فقرة أولى انه لا يجوز التنازل مقدماً عن التقادم . وقد وردت هذه المادة بالفصل الخاص بمضى المدة المكسب . ولكن لا بد أن يؤخذ بها فى حالة مضى المدة المسقط أيضاً. والمادة ٢٢٢٠ فرنسية المقابلة لها وردت فى الفصل العام للتقادمين المكسب والمسقط . وحكمة مشروعية هذه المادة ٨٠/١٠٨ مدنى و٢٢٢٠ فرنسى فى حالة التقادم المسقط انه لو أبيح التنازل مقدماً عن التقادم لاصبح التنازل هذا من العبارات الانشائية التى تثبت دائما وأبداً فى العقود[2] وأصبح التقادم هذا كأنه لا وجود له بالقانون باعتباره مبرئا لذمة المدين. على أنه يجب ملاحظة أن التقادم المسقط انما شرع لاعتبارات ترجع لحسن النظام[3] ومنفعة المجتمع[4]

٥٠٢ — هذا بالنسبة للتقادم المسقط . ولكن لماذا هذا الحظر اذا كان التقادم مكسباً وما هى الفائدة العملية لتقرير هذا الحظر فى حالة التقادم المكسب ؟ اذا كان واضع اليد سيء النية فانه يستحيل عليه الاقرار بهذا التنازل ، واذا كان حسن النية فلا يفعل ذلك ايضاً . اذن علاَمَ هذا الحظر ما دام التنازل لا يقع فى مجال العمل مطلقاً ؟ ربما يحصل أن المالك عند ما يسلم الشيء المملوك له لوكيله أو المستأجر منه يشترط عليه بانه لا يجوز للوكيل أو المستأجر أن يدعى فيما بعد بالتملك بمضى المدة

(١) ويجب الرجوع الى النصوص الفرنسية للمواد ١٤٣/٢٠٤ مدنى و ٢٠٦/٢٧١ مدنى حيث وردت بها كلمة renonciation الامر الذى يشعر بان الدعوى التى ترفع فى حالة التنازل هى دعوى الابطال لا الدعوى غير المباشرة (٢) clause de style (٣) bon ordre
(٤) utilité sociale

من طريق تغيير السند أى تغيير السبب فى الحيازة[١] من مجرد حيازة مادية[٢] الى وضع يد قانونى[٣]. ان تخيل وقوع ذلك أمر لا يحصل على انه اذا وقع فانه يكون محظوراً بالمادة ٨٠/١٠٨ مدنى و ٢٢٢٠ فرنسى وهنا يتعذر ابداء سبب مقبول فى مشروعية هذا الحظر فى حالة التقادم المكسب

٣ — فى التقادم المسقط

١ — فى أحكام التقادم المسقط

٥٠٣ — التقادم المسقط أو المبرئ هو وسيلة فى انقضاء الحقوق الخاصة بالمال[٤] وهو ينشأ عن عدم استعمال صاحب هذه الحقوق لها مدة زمن معين وهو فى العادة خمس عشرة سنة ويتمشى حق التقادم هـذا على حقوق الدائنية[٥] والحقوق العينية المقررة على الشيء المملوك للغير[٦]

وسقوط الحق بعدم الاستعمال لا ينصب على حق الانتفاع بالملكية، بمعنى انه اذا انتفع شخص بملك الغير مدة ١٥ سنة اكتسب حق الملكية عليـه وزال حق ملكية المالك الحقيقى عنه . فالكسب هناك يقابله زوال هنا . أى لم يزل الحق الا لاكتسابه بمعرفة آخر . فاذا لم يكتسبه الآخر ظل الحق باقياً لدى صاحبه رغم عدم استعماله إياه مدة ١٥ سنة. واذا تبدل واضعو اليد على العقار اكثر من ١٥ سنة الواحد بعد الآخر

---

(١) interversion de titre (٢) simple détention (٣) possession légale

(٤) droits du patrimoine (٥) droits de créance (٦) وعلى الدعاوى المطروحة امام القضاء . فاذا ظلت الدعوى ١٥ سنة دون ان يحركها أحد سقطت بمدة ١٥ سنة بلا حاجة الى رفع دعوى بطلان المرافعة : ١٧ مايو سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ٢٨٦ : ٦ نوفبر سنة ٩٢٣ ، ١٢،٣٦ ـ ٢٤ ، ٢٤٧ ـ ٦ مارس سنة ٩٢٤ ،٣٦، ٢٥٤ و بلا حاجة الى رفع دعوى مستقله بالتقادم ، اذ يمكن الدفع بالتقادم على شكل دفع فرعى : ١٨ مارس سنة ٩٢٠ ، ٣٢ ، ٢١١ ـ راجع ايضا مرافعات الدكتور ابو هيف بك بند ١١٤٠ وحواشيـه ـ وراجع مرافعات الدكتور عبد الفتاح بك السيد ص ٦٤٥ ن ٧٣٨ واذا كانت الدعوى المرفوعة خاصة بالمطالبة بتثبيت ملكية الوقف بين من الاعيان . فان هذه الدعوى تسقط مع ذلك بمضى ١٥ سنه اذا ظلت مطروحة امام القضاء ولا يحركها احد : حكم ١٨ مارس سنة ٩٢٠ المذكور . ويقول القضاء لهذه المناسبه ولكونه يأخذ بالتقادم فى الوقف بمدة ٣٣ سنة ان مذهبه هذا فى سقوط الدعوى بمدة ١٥ سنه لا يتعارض مع سقوط الحق بمدة ٣٣ سنه لانه فرق بين الحق والدعوى المؤيدة للحق ! ! ولكن أليس هذا دليلا لنا ايضا على ترجيح الرأى الذى قلنا به فى سقوط دعوى الوقف والارث بمدة ١٥ سنه لا ٣٣ سنه ؟ ؟ (ن ٥٦٠ ـ ٥٦٢)

فلا تزول الملكية عن المالك طالما انه لم يتملكه واحد آخر مدة ١٥ سنة ولذا يقال ان حق الملكية دائم [١] أى لا يزول بمجرد عدم استعماله مدة ١٥ سنة أى انه غير قابل للتقادم [٢] أى للزوال عن صاحبه طالما انه لم يتقرر للغير حق عليه

وعلى ذلك تكون القاعدة المقررة فى المادة ٢٢٦٢ مدنى من ان كل حق عيني أو شخصى يزول بمضى المدة منصرفة اما الى الحق العيني فى عدم استعماله بمعرفة مالكه وترتب حق للغير عليه ، واما الى الحق الشخصى أى حق الاستدانة فى عدم تحرك الدائن مدة الزمن القانونى لمطالبة بدينه . وهذا هو المعنى المستفاد أيضاً من المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى الخاصة بالتقادم المكسب والمادة ٢٠٨ / ٢٧٢ الخاصة بالتقادم المسقط وربما كانت هاتان المادتان المصريتان صريحتين فى أن التقادم المكسب خاص فقط بحالة اكتساب الحقوق العينية العقارية اذ تقول أولاها « تكتسب » الحقوق العينية العقارية الخ. وتقول ثانيتهما بان الالتزامات « تنقضى » الخ. ومعنى ذلك كله ان زوال الالتزام عن صاحبه يأتى من عدم حراك صاحبه . وزوال الحق العيني العقارى عن صاحبه يأتى بتوافر ركنين . أولا عدم حراك المالك . ثانياً اكتساب الغير لهذا الحق

٥٠٤ — ومما تقدم يرى أن غرض الشارع منصرف هنا وهناك الى حماية حالة حاضرة مستقرة قد اطمأن اليها أصحاب الحقوق . أى أن غرض الشارع موجه الى حماية الاشخاص ضد بعضهم البعض لا حماية العقار نفسه ، فاذا ظل المالك غير منتفع بعقاره ١٥ سنة فلا يزول عنه ملكه مطلقاً أى مهما امتدت المدة ، انما يتدخل الشارع ويقف حجر عثرة فى سبيل المالك اذا تقرر للغير حق على هذا العقار . وتدخل الشارع لا يأتى الا عند ظهور ظل لحماية مكتسب الحق على العقار سواء كان مالكا أصليا أم مالكا عرضيا للتقادم . ويستحيل أن يكون غرض الشارع منصرفا الى حماية العقار لمجرد كونه عقاراً لان الحقوق العينية عقارية كانت أو منقولة لا يمكن أن يعتبرها العقل والبداهة حقوقاً الا اذا كان ثمت من يطالب بها . وثانياً لا مطالب الا عند وجود النزاع ولا نزاع الا عند تعدد الاشخاص لان النزاع من الواحد على نفسه مستحيل .

٥٠٥ — ولذا نلاحظ بحق ان التقادم المسقط لا يكون الا بين اثنين دائن

(١) droit perpétuel (٢) imprescriptible

ومدين . دائن زال عنه الحق لاهماله . ومدين اكتسب حق براءة الذمة بسبب اهمال الاول . وفى التقادم المكسب كذلك أيضا لا يكون الا بين اثنين . مالك ومتقادم: أهمل الاول فاكتسب الثانى . واكتسب الثانى لاهمال الاول . فالاكتساب والاهمال متلازمان ولا يتصور مطلقا وجود مقتض للكلام عن الحق من الوجهة المنطقية والعقلية الا اذا تنازع الشيء المسلط عليه الحق اكثر من واحد . واما اذا لم يتنازعه اكثر من واحد فهو غير متنازع فيه لانه مملوك لمالكه ويستحيل أن يكون غير ذلك الا اذا قيل بأن المالك تخلى عن ملكه ولم يكتسب الغير حقا عليه فيصبح بحكم القانون مالاً سائباً أو ملكا للحكومة اذا اعتبرت مالكة لما لا مالك له

٥٠٦ ـ اذا علمنا ذلك أدركنا مبلغ ما ذهب اليه حكم محكمة النقض والابرام الفرنسية الصادر فى ٥ مايو سنة ١٨٧٥ [1] من البعد عن روح التشريع . ذلك أن جمعية دينية غير مأذون لها من قبل الادارة قد استلمت عقاراً من مالك على سبيل الهبة ولما كانت الهبة باطلة لعدم صدور اجازة من الحكومة بانشاء هذه الجمعية فقد رفع وارثو الواهب بعد مضى ٣٠ سنة (تقابل فى قانوننا ١٥ سنة) دعوى ضد الجمعية طلبوا فيها تثبيت ملكيتهم للعقار الموهوب باعتبار أن الهبة باطلة . فحكمت محكمة النقض والابرام أخذاً بالمادة ٢١٦٧ القابلة للمادتين ١٠٢/٧٦ مدنى و ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى قائلة بأن دعوى الورثة تسقط بمضى المدة العادية أي استمدت على التقادم المسقط . ولم تقل بأن الجمعية اكتسبت بالتقادم حق الملكية على العقار . وعلى هذا الاعتبار أصبح العقار ولا مالك له . فلا الجمعية تملكه لانه غير مرخص لها بالوجود القانونى ولا الورثة يملكونه بفعل الحكم [2] وكان الواجب فى هذه الدعوى الحكم بالملكية للورثة لان الأخذ بالتقادم المسقط غير مجد اذ لا بد فيه من مدين ودائن بالمعنى الصحيح القانونى وفى التقادم المكسب لا بد فيه من مكتسب ومحروم فلا يقضى بزوال الالتزام فى حالة التقادم المسقط الا اذا قام الالتزام بين طرفين دائن ومدين . ولا يقضى بزوال الملكية فى حالة التقادم المكسب الا بين شخصين مكتسب اكتسب

(١) د. ٨٠، ١، ١٤٥ ، ومقال « بودان Beudant » ، س ٧٩، ١ ، ٣١٢

(٢) كولين وكابتان ج ١ ص ٩٩٤

العقار بوضع يده ومحروم خسر العقار باهماله . ويستحيل قانوناً وعقلا فهم التقادم المكسب والتقادم المسقط الا اذا روعيت هذه الاعتبارات البديهية

٥٠٧ ــ هذا ولقد نقد الناقدون طول مدة التقادم فى فرنسا اذ هى ٣٠ سنة (تقابل عندنا ١٥ سنة) و١٠ سنوات و٢٠ سنة فى حالة التملك بسبب صحيح وحسن نية (تقابل عندنا ٥ سنوات) ولاحظوا أن رقى المدنية وسهولة المواصلات أصبحت تجعل المالك لا يفترعن مراقبة ملكه من آن لآ ن. ومن غريب أمر مدة الثلاثين سنة انها هى نفس المدة التى سبق للرومان أن أخذوا بها فى عصر الامبراطوية وحافظ عليها الفرنسيون قبل سن قانون سنة ١٨٠٤ وبعده . وهى قريبة الى ٣٣ سنة مدة سقوط الدعوى فى الشريعة الاسلامية . أما الشارع المصرى فقد فعل خيراً فى أخذه بالخمس عشرة سنة وخمس السنوات . وربما لوحظ أيضاً فى مدة ١٥ سنة طولا قد لا يتفق مع حركة العمران الحاضرة

قلنا ان حق الملكية دائم خالد لا يزول بمجرد عدم الاستعمال ويدخل فى ذلك حق الملكية الأدبية أو الفنية [١] فانه لا يزول عدم الاستعمال [٢]

٥٠٨ ــ ويسقط الحق فى رفع الدعوى بمضى المدة سواء كانت الدعوى خاصة بتقرير حق ارتفاق لعقار على عقار [٣] أم بنفى حق ارتفاق عن عقار [٤] وكذلك دعاوى وضع اليد على اختلاف أنواعها [٥] والدعاوى الشخصية [٦] ودعوى المطالبة بالالغاء [٧] ودعوى الفسخ [٨] ودعوى الابطال [٩] ودعوى المطالبة بالحساب [١٠] فانها تسقط هى الاخرى بالمدد المقررة لها قانوناً

٥٠٩ ــ أما دعوي الملكية أى دعوى تثبيت الملكية [١١] فانها لا تسقط مطلقا ما دام حق الملكية لا يزول لمجرد عدم الاستعمال

---

(١) propriété littéraire ou artistique (٢) non-usage (٣) action confessoire (٤) action négatoire (٥) actions possessoires (٦) actions personnelles (٧) action en nullité (٨) action en résolution (٩) action en révocation (١٠) ٥ ديسمبر سنة ٥٩٠٢٠٨٩ (١١) action en revendication

٥١٠ — ويلحق بدعوى الملكية فى عدم القابلية للتقادم دعوى القسمة [١] فى حالة الملكية الشائعة ودعوى طلب حق المرور من ملك الجار [٢] اذا لم يوجد منفذ للمرور بغير ذلك [٣] (المادة ٤٣ / ٦٥ مدنى). هذه الدعاوى باقية الى النهاية لا تسقط بمرور الزمن مادام السبب فى الشيوع وعدم المنفذ قائما ، ذلك لانها تابعة لحق الملكية بالذات وهو لا يسقط بالاستعمال مهما طال عليه الزمن

ب ـ فى المسوغ القانونى للتقادم المسقط

١١٥ — المسوغ القانونى [٤] فى التقادم المسقط . هو نفس المسوغ المقرر فى حالة التقادم المكسب . اذ النظام العام [٥] والسلم الاجتماعى [٦] يقتضيان دوام استمرار الحقوق فاذا ظل الدائن زمنا وهو لا يحرك ساكنا بشأن تقاضى دينه اعتبر ذلك قرينة على زوال دينه وانقضائه [٧] . والدفع بالتقادم المسقط يحول دون البحث فى مسائل طال عليها الزمن [٨] . ومن شأن التقادم أن يرفع عن كواهل المدينين عبء المحافظة على الايصالات الى زمن طويل . وهناك أسباب خاصة فى حالة المسوغ القانونى لمدد التقادم القصير جداً سنذكرها فى حينها

٥١٢ — وكان القانون الرومانى لا يعرف التقادم المسقط الخاص بالالتزامات لانه بمجرد تقرير الالتزامات تبقى خالدة ولا تزول بمضى الزمن ، بل تزول بالوفاء ولكن البريتور [٩] كان أول من قرر زوال الالتزام بسبب قعود الدائن دون المطالبة

---

(١) action en partage (٢) action en réclamation de droit de passage
(٣) en cas d'enclave (٤) fondement (٥) ordre public (٦) paix sociale
(٧) ومع ذلك لا يصح الدفع بالتقادم فى آن واحد مع المنازعة فى اصل الحق: ٣ يناير سنة ٩٥، ٧، ٧٣ ـ ٨، ١٣ .ـ ويدفع بالتقادم حتى لو ثبت ان الدين لم يدفع حقيقة: ٧، ٧٣ ـ وادا صدر قرار من مجلس الاحكام وأحيل على المجلس الخصوصى بمعرفة الحكومة فان الوصى الذى صدر لصالحه الحكم والذى لا يعرف فى ذلك الوقت طريقا يستعين به فى تنفيذ الحكم، حتى اصبح التنفيذ لديه مستحيلا، هذا القرار لا يسقط بمضى المدة: ٧، ٧٣ ـ ولا يسقط الدين فى الفاروقة مهما طال الزمن على بقاء العين تحت يد الدائن: ١٢ ، ١٠٥ .ـ ويسرى التقادم فى مصلحة القاصر لا ضده: ٦ نوفمبر سنة ٩٢٣ ، ٣٦، ١٢ (٨) ويدفع بالتقدم فى أى درجة من درجات الدعوى ابتدائيا واستئنافيا وفى المعارضة: ٩، ٥٢ .ـ ٦ نوفمبر سنة ٩٢٣، ٣٦، ١٢: ٢٩ ديسمبر سنة ٩٢٣، ٣٦، ١٠٩ و ١٧٨ .ـ وبعد التكلم فى الموضوع حتى لو ادعى المدين بانه دفع دينه ولم يستطع اثبات ذلك، اذ لا يعتبر هذا تنازلا عن الدفع بالتقادم: حكم ٢٩ ديسمبر سنة ٩٢٣ المذكور .ـ واذا حصل العدول عنه فلا يصح العدول عن العدول: ١٢ يونيو سنة ٩٢٣، ٣٥، ٥٠٣
(٩) préteur

وكان يجب فى أغلب الدعاوى التى قرر انشاءها البريتور أن ترفع فى ظرف سنة . ثم تقرر بعد ذلك فى عصر الامبراطورية التقادم المسقط بمضى ٣٠ سنة عن جميع الدعاوى المدنية أى التى قررها القانون الرومانى الصرف والدعاوى الدائمة التى قررها القاضى

م ــ فى مدد التقادم المسقط

٥١٣ ــ مدة التقادم المسقط خمس عشرة سنة كما قررتها المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى وهى نفس مدة التقادم المكسب كما قررتها المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى

وقد قرر القانون للتقادم المسقط جملة مدد مختلفة فبينما يقرر فى حالة التقادم المكسب مدتين ١٥ سنة، و ٥ سنوات عند وجود سبب صحيح وحسن نية، اذا هو يقرر فى حالة التقادم المسقط مدداً مختلفة رجع فيها الى اعتبارات جمة وهى مقسمة الى ثلاث طوائف : ١) التقادم المسقط بمضى ٥ سنوات وهو الخاص بالمرتبات والفوائد والمعاشات والايجار ٢) والتقادم المسقط بمضى مدة ٣٦٠ يوماً وهو الخاص بالمحامين والاطباء والمحضرين وكتبة المحاكم : ٣) وطائفة ثالثة بمدد وأحوال مختلفة

§ ١ ــ التقادم المسقط بخمس سنوات

٥١٤ ــ هذه الحالة عامة وكثيرة الوقوع . وتنص عليها المادة ٢١١ / ٢٧٥ مدنى و٢٢٧٧ فرنسى بما يأتى « المرتبات والفوائد والمعاشات والاجر [١] وبالجملة جميع ما يستحق دفعه سنويا أو بمواعيد أقل من سنة يسقط الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات هلالية » وترجع فى أصلها بالقانون الفرنسى الى قانون أصدره لويز الثانى عشر [٢] سنة ١٥٤٠ كان الغرض منه حماية المطالبين بالمرتبات [٣] حتى لا تثقل كواهلهم وينزل بهم العوز من جراء اهمال أصحاب الديون فى مطالبتهم [٤] وجاء قانون ١٦٢٩ المعروف بقانون ميشو [٥] وأدخل فيه الايجار . ولما جاء القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ لاحظ واضعوه أيضاً نفس هذه الاعتبارات وهى ضرورة حماية المدين . وذلك انهم لاحظوا انه اذا أهمل الدائن وعلى الاخص الدائن الذى خصه القانون

---

(١) les redevances, arrérages, pensions, loyers et intérêts (٢) ordonnance Louis XIII (٣) débi-rentiers (٤) بلانيول ص ٢٠٢ ن ٦٣٨ (٥) Code Michaud

بامتياز يحمى حقه كالمؤجر مثلا ــ وظل مدة لا يطالب مدينه بقيمة الايجار أو بقيمة الفوائد (التى ربما تكون خاصة بدين مضمون برهن) وجب أن يسقط حقه فى المطالبة بعد مدة معينة . اذ يخشى من تراكم الاقساط ، وهى التى تدفع عادة من ايرادات المدين ، أن تتحول هى الاخرى الى رأس مال وباضافتها على الدين الاول ينوء المدين بهذا الحمل الثقيل . ولذا يجب فى مدة خمس السنوات هذه أن يسارع الدائن الى المطالبة بهذه المبالغ (١)

٥١٥ — أما هذه المبالغ فهى :

١) **المبالغ التى تدفع فى أوقات معينة :** (٢) وكلمة معينة (٣) تنصرف الى ما يدفع نقداً أو عيناً (٤) فى أوقات معينة من غير طريق الايجار . كالمبالغ التى يدفعها صاحب الحكر (٥) ، أو المبالغ التى يدفعها صاحب الامتياز من الحكومة (٦)

٢) **المرتبات :** (٧) وهى المبالغ المطلوبة فى أوقاتها الدورية لاصحاب المرتبات (٨) والمقررة لهم طول حياتهم (٩) أو لمدة معينة (١٠)

٣) **المعاشات :** (١١) وهى تشمل النفقات (١٢) المقررة بعقد أو بحكم وكذلك النفقات المقررة من الحكومة أو من المصالح الادارية العامة أو الخاصة أو من الافراد وهى المقررة للموظفين والمستخدمين مكافأة لهم على خدماتهم السابقة

واما التعويضات التى تقرر

---

(١) ويعتبر القضاة ان سقوط الحق هنا عقوبة للدائن ولم يكن السبب فيه قرينة بالوفاء: ١٢ ديسمبر سنة ٨٨، ٢: ٢٠٩ (٢) redevances (٣) redevance (٤) en nature (٥) ٣١ ديسمبر سنة ٩٠، ٣: ١٠٣ ـ حكم استئناف ٧ يناير سنة ٩٠٨ مر ٩، ١ ص ٨ فالذى يسقط ما يدفعه المحتكر من المبالغ السنوية . وأما حق الحكر نفسه فانه يجوز أن يسقط هو الآخر بمضى المدة . فاذا ظل مالك الارض المحكرة المدة القانونية وهو لا يطالب المحتكر بأجر الحكر زال حق المطالبة بالمدة عن المحتكر وذلك أخذاً بالقياس فى انه يجوز اكتساب حق الحكر بالذات بالتقادم : ٧ يونيو سنة ٩١٧ ، ٢٩ : ٤٩٠ . انما الذى نقول به ان مدة التقادم هى ١٥ سنة لا ٣٣ سنة

(٦) concessionnaire دى هلس ج ٣ ص ٣٧٣ ن ١٨١ (٧) arrérages (٨) ren-tiers (٩) viager (١٠) دى هلس ن ١٨٢ (١١) pensions (١٢) pensions alimentaires

عن طريق أصلي أو من طريق الاستثناء كمن أصيبوا بضرر فى حوادث مفجعة أو لورثتهم فانها لا تخضع لحكم المادة المذكورة الا اذا تقرر دفعها فى أوقات دورية معينة . اذ فى هذه الحالة الاخيرة تتقادم بخمس سنوات . وأما فى غير ذلك فلا تسقط الا بمضى ١٥ سنة [١]

٤) **الايجار** : [٢] ويدخل فيه أيضا كل ما التزم به المستأجر بسبب عقد الايجار كالتزامه بتصليح الارض وتجريفها و تطهير المصارف ودفع أموال الحكومة ، اذ كل ذلك يسقط أيضاً بمضى خمس سنوات بالنسبة للمالك فقط [٣] وكذلك لو طلب الايجار بصفة تعويض [٤]

هذا ولا بد من ملاحظة أن الذى يسقط من الايجار بمضى خمس سنوات انما هو المقدار الذى استحق منه . فاذا كانت الاجارة ثلاثة أقساط ومضت على القسط الاول مدة خمس سنوات سقط هذا القسط فقط . وأما الاقساط الاخرى فلا تسقط الا اذا مضى على كل قسط خمس سنوات من وقت استحقاق المطالبة به [٥]

٥) **الفوائد** : وسواء كانت قانونية أم تعاقدية أم قضائية [٦]

ولا يدفع بالتقادم الخمسى ضد من دفع الفوائد عن المدين . لان أساس التزام المدين بالوفاء الى الغير أي الدائن انما هو شبه العقد الحاصل بسبب تطوع الغير فى الدفع [٧]

وتسقط الفوائد المطلوبة للوكيل بالتقادم الخمسى أيضا فيما صرفه الوكيل من جيبه في أعمال موكله ، على شرط أن تكون هذه الفوائد قد سويت فى حساب بين الوكيل والموكل . ولا يبتدىء التقادم الا من وقت الحساب [٨]

ولا يؤخذ بالتقادم الخمسى اذا تجمدت الفوائد وأصبحت بمثابة رأس مال أى مبلغ أصلى يربح فوائد [٩] انما يؤخذ بالتقادم اذا صدر الحكم بالفوائد مع المبلغ الاصلى دون اعتبار الفوائد كرأس المال أى متجمدة [١٠]

---

(١) دى هلس ن ١٨٣ (٢) loyer (٣) دى هلس ن ١٨٤ (٤) ١٧ نوفبر سنة ٩٢، ٥، ١٢ (٥) دى هلس ن ١٨٥ (٦) دى هلس ن ١٨٦ (٧) دى هلس ن ١٨٨ (٨) دى هلس ن ١٨٩ (٩) intérêts capitalisés ٣ يونيو سنة ٩٢٢، ٣٤، ٥٠٦ (١٠) ٢٨ مارس سنة ٩٢٣، ٣٥، ٣٢٤

هذه هي الاحوال الخمسة التي وردت في المادة ٢١١ المذكورة وتسفر هذه المادة ان هذه الاحوال قد وردت على سبيل الحصر لولا الجملة الاخيرة الو اردقيها «وبالجملة كافة ما يستحق دفعه سنويا أو بمواعيد أقل من سنة. . . » اذ بعد الاستثناء الاول وضعت قاعدة عامة للديون التي تستحق الدفع سنويا أو في مواعيد أقل من سنة

ويدخل تحت القاعدة العامة هذه ما يأتي : الفوائد المطلوبة عن مبالغ مهما كان مصدر هذه المبالغ بيعا كان أو المقابل لفرق الانصبة في القسمة [١] أو مقابل الفرق في عقد المبادلة [٢] أو تعويضا، وسواء كانت الفوائد فوائد قانونية أو فوائد بالاتفاق وتمشي هذه الفقرة على مرتبات الموظفين [٣] وماهيات الكتبة والمستخدمين [٤] الذين يتقاضون أجرهم شهريا أو في مدد أكثر من شهر، واشتراكات الصحف السيارة والدورية والاشتراكات في النوادي والجمعيات وهي الاشتراكات السنوية والاموال المطلوبة للحكومة [٥] ولا تتمشى على أجور الخدمة [٦] وأجور العمال [٧] فان لتلك الاجور نصا خاصا وهو المادة ٢٠٩ / ٢٧٣ مدني و ٢٢٧١ فقرة ٣ و ٢٢٧٢ فقرة ٤ المعدلة بقانون ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ وسيأتي القول عليها في حينه . وكذلك لا تتمشى المادة على أقساط التأمين فيما اذا كانت عقود التأمين عن أقساط معينة [٨]

٥١٦ — هذا الاخذ بالمادة ٢١١ / ٢٧٥ مدني و ٢٢٧٢ فرنسي مقصور فقط على المبالغ المستحقة في مواعيد معينة [٩] باعتبارها دينا معينا أي تعينت قيمته من قبل وتحدد للوفاء به يوم محدود . وعلى ذلك لا تسرى هذه المادة على ما يأتي:

١) المبالغ التي لم تتعين من قبل ولم تتحدد أو كانت قيمتها متغيرة فاذا كان المبلغ عبارة عن جزء نسبي لمبلغ آخر غير محدود ومعين من قبل فلا يسقط بمضي خمس سنوات كالمبلغ الذي يلتزم به صاحب المنجم لصاحب الارض فيدفعه له بنسبة ما ينتجه المنجم من المكسب وهذا أمر غير معروف القيمة من قبل [١٠]

---

(١) soulte de partage (٢) soulte d'échange (٣) traitements des fonctionnaires (٤) appointements des commis et employés (٥) دى هلس ج٣ ص ٣٧٥ ن ١٩٠ — ١٧ يناير سنة ٩٥ د٧، ٨٩ . — ٢٢ يناير سنه ٩٦ د ٨، ١٧٠ . — ٩ فبراير سنة ٩١٩، ٣١، ١٧٣ (٦) salaires desgens de service (٧) gens de travail (٨) contrats à primes fixes (٩) prestation périodique (١٠) د ٨٦، ١٣٤. — س ٨٧، ١ . ٢٥٠

٢) كذلك في التأمينات المتبادلة [١] يعتبر القسط [٢] الذى يجب على كل مؤمن له [٣] غير محدد القيمة من قبل لان مقداره يرجع لعدد واهمية الاملاك المؤمن عليها وعدد ومقدار الحوادث [٤] التى تقع فى ظرف سنة . وما دام هـذا القسط لم يتوافر فيه شرط التعيين فى المقدار [٥] وشرط التعيين فى الاجل [٦] فهو لا يخضع حينئذ لحكم المادة ٢١١/٢٧٥ المشار اليها ولا يسقط حق المطالبة به بمضى خمس سنوات [٧]

هذا هو حكم القضاء الفرنسى فى الحالتين السابقتين الخاصتين بمبلغى المناجم وشركات التأمين . ورغم هذا المذهب القضائى فان الشارحين نقدوه وأخذوا عليه ما يأتى :

١ . — ان الشرط القائل بتعيين المبلغ من قبل [٨] شرط لم يقل به القانون اذ لم تنص عليه المادة ٢٢٧٢ مدنى فرنسى المقابلة تماما للمادة ٢١١/٢٥٧ مدنى مصرى

٢ . — ان ضرورة تعيين المبلغ من قبل وتحديده لم يكن ضروريا ولازما لتحقق الخطر المحدق بالمدين فيما اذا تأخر فى دفع المبلغ زمناً طويلا فينوء ظهره بما يتجمد فى ذمته ، ذلك الخطر الذى لاحظه الشارع عند وضعه للمادة المذكورة والتى أراد بها حمايته من هذا الخطر

٣ . — ان هذا القضاء يتعارض مع ما قرره فى مواطن أخرى عند ما قرر سقوط الانصبة [٩] المستحقة للمساهمين [١٠] فى ذمة الشركة التجارية بمضى خمس سنوات [١١]

هذا هو رأى القضاء الفرنسى ومذهب الفقه فى معنى ومرمى التقادم بخمس سنوات فيما يتعلق « بكافة ما يستحق دفعه سنويا أو بمواعيد أقل من سنة »

ولقد أثارت هذه الجملة الاخيرة من المادة ٢١١/٢٧٥ مدنى ثمرة القضاء الاهلى فى مسئلتين : أولاهما الاستحقاق فى الوقف وثانيتهما ريع العقار المغتصب

---

(١) les assurances mutuelles (٢) cotisation (٣) assuré (٤) sinistres

(٥) fixité (٦) périodicité (٧) د ١٩٠٥،١،١ ـ ٤٢٥ ومقال بلانيول : س ١٩٠٦، ١ ـ ٣٨٥ . كابتان ص ١٣٣

(٨) fixité (٩) dividende (١٠) actionnaires

(١١) د ٥٤،٢،١٣٦ س ٥٤،٢،٥٤٢ كولين وكابتان ج ٢ ص ١٣٣

المسئلة الاولى — الاستحقاق فى الوقف

٥١٧ — الوقف نظام شرعى محض فى أصله وانشائه وتقرير حقوقه . وجعل رسميا بحكم لائحة نظام المحاكم الشرعية وأشار اليه القانون المدنى المصرى فى المادة ٧/٢٢ فيما يتعلق بتعريفه وفى الاحالة على اللوائح فيما يتعلق بتوزيع غلته ، وفى المادة ٥٣/٧٦ مدنى أشار القانون الى عدم صحة الوقف فيما اذا عمل اضراراً بدائني الواقف وأشار فى المادة ١٧/٣٤ و ١٨/٣٧ مدنى الى وزارة الاوقاف . وقرر القانون فى المادة ٥٤ فقرة ٢/٧٧ مدنى ان أحكام الارث فى منفعة الاموال الموقوفة خاضعة لاحكام الشريعة المحلية

والاستحقاق فى الوقف خاضع لقواعد شرعية مقررة ويستفاد من المواد ١٨٠ و ٢٣٤ من قانون العدل والانصاف وغيرهما أنه على فرض أن أعيان الوقف تستحق أجرتها فى آخر كل سنة لا قبل ذلك ولا بعده الا أنه ليس للمستحق فى الوقف أن يطالب الناظر بحصته فى الغلة بمجرد مضى السنة بل المطالبة لا تكون إلا من الاجرة التى يستلمها الناظر من المستأجرين كل مستحق بنسبة حصته من ذلك بعد صرف المصاريف الممتازة [١]

فاذا نظرنا الى هذا التعليل الذى يقول به رجال الفقه الاسلامى والى ما أيده حكم الاستئناف المشار اليه ، ثم قارناه بما قرره القضاء الفرنسى وما نقده فيه كولين وكابتان بشأن المبالغ المستحقة على المناجم ومبالغ التأمينات المتبادلة (ن ٥١٦) تبين أن الاستحقاق فى الوقف لا يسقط بمضى خمس سنوات طبقا للمادة ٢١١ / ٢٧٥ مدنى للاسباب الآتية :

١) إن حق المستحق فى أجرة الوقف قبل الناظر لا يتقرر له إلا اذا استلم الناظر الاجرة من المستأجر لا عند نهاية السنة وهذا على خلاف الديون المنوه عنها بالمادة ٢١١/٢٧٥ إذ تشتغل ذمة المدين فيها بمجرد انعقاد العقد عليها . وأما دين الاستحقاق فى الوقف قبل الناظر فلا ينعقد فى ذمة الناظر الا بالاستلام ولا ينصرف

(١) استئناف ٢٤ فبراير سنة ٩٠٧ ، م ر ١ ، ٨ ص ١٩٤ ، رقم ٨٩

الحساب السنوى الى غير مجرد الحساب ومعرفة ما تحصل وما لم يتحصل - ٢) ان دين الاستحقاق غير معين ومحدد بين المستحق والناظر وانما التعيين فيه يرجع الى الناظر مع المستأجر فاذا تم عقد الايجار تعين نصيب المستحق . وشرط التعيين في المبلغ هو ذلك الشرط الذى اشترطه القضاء الفرنسى وأنكره عليه الفقه الفرنسى باعتبار أنه شرط لم تنص عليه المادة ٢٢١٢ مدنى فرنسى المقابلة للمادة ٢١١/٢٧٥ مدنى مصرى . ولكن نلاحظ بأنه وان كانت المادة لم تنص عليه إلا أنه مستفاد من الديون التى ذكرها القانون أولا فى صدر المادة المذكورة - ٣) إن تعيين أجل لدفع الدين سواء كان الاجل سنة أو أقل من سنة كأن كان الاجل مشاهرة فانه لا يكفى وحده فى الاخذ بالمادة ٢١١/٢٧٥ مدنى بل لا بد من تعيين المبلغ من قبل تعييناً نافيا للجهالة . فالمستحق سنويا أو شهريا عند وزارة الاوقاف لا يسقط حقه بالمطالبة بمضى ٥ سنوات بل بمضى ١٥ سنة (استئناف ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ م ر ٩ ص ٦٦ رقم ١١٢)

٥١٨ - ولكن القضاء المصري لم يظل مطرداً فى مذهبه وفى عدم الأخذ بالمادة ٢١١/٢٥٧ فى حالة الاستحقاق فى الوقف بل قرر عكس ذلك وأخذ بهذه المادة أيضا (استئناف ١٦ مايو سنة ١٨٩٦ مجلة القضاء، ٣ ص ٣٨٦) من دون جدل ولا بحث . إذ ورد بأسباب الحكم ما يأتى . «ولكن من حيث أنه اتباعا للمادة ٢١١ من القانون المدنى المرتبات أو الريع يسقط الحق فيها بمضى خمس سنوات » واستئناف ١٦ مايو سنة ١٩٠٥ م ر ٦ ، ١ ص ٢٤٤ رقم ١١٢ دون بحث ولا تمحيص أيضا كسابقه إذ ورد باسبابه ما يأتى : « وحيث أن أحكام المحاكم جرت على سقوط الحق في متأخر الاستحقاق في الوقف بمضى مدة خمس سنوات عملا بالمادة ٢١١ مدنى لكونه مما يستحق صرفه سنويا » وهذا القضاء الذى أخذ بالمادة ٢١١/٢٧٥ غير مسبب بأسباب قانونية وهو على عكس القضاء الذى رفض الاخذ بها فانه عالج المبدأ علاجا قانونياً [1]

* * *

٥١٩ - هذا ويلحق بناظر الوقف ، الوارث الذى وضع يده على التركة

(١) حكم الاستئناف ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٧ المذكور ولكنه لم يحط بمشروعية المادة ولم يشر الى ضرورة توافر شرطي التعيين فى المبلغ أولا وتعيين الاجل ثانياً

برضاء شركائه الورثة ، وذلك من حيث سقوط حقه فى المطالبة بالانصبة السنوية بمضى ١٥ سنة لا بمضى خمس سنوات . ويرجع فى تعليل هذا الرأى الى نفس التعليل الذى أوردناه بشأن الاستحقاق فى الوقف . لان ذمة الوارث لا تشتغل بالمبلغ الا بعد قبضه ولا تشتغل من تاريخ آخر السنة أي سنة الاستحقاق . ولأن المبلغ لم يكن معيناً من قبل وقت التراضى على جعل الوارث مديراً للتركة ، بل تعيينه يأتى فيما بعد ولأن الوارث هذا لم يخرج عن كونه وكيلا عن بقية الورثة ، وحقوق الوكالة لا تسقط إلا بمضى ١٥ سنة لا خمس سنوات ، ولا عبرة بالاتفاق على المحاسبة السنوية [١]

المسألة الثانية « ريع الارض المغتصبة »

٥٢٠ — واضع اليد على العقار المملوك للغير اما أن يكون حسن النية واما أن يكون سىء النية فاذا كان حسن النية تملك الثمرة ولا يلزم بردها لصاحبها أخذاً بالقاعدة المعروفة « إن واضع اليد حسن النية يتملك الثمرة » [٢] وظروف النية كثيرة وأظهرها عملا شراء المشترى بسبب صحيح وبحسن نية من غير مالك

وأما سىء النية وهو المغتصب بالمعنى الصحيح وهو من يضع يده على العقار وهو يعلم أنه غير مملوك له (ويلحق به حسن النية من تاريخ رفع دعوى الاستحقاق ضده) فانه لا يتملك الثمرة بل تعتبر ملكا للمالك الحقيق [٣] هذه الثمرة هى ريع الارض مدة الاغتصاب ويشبه الريع الايجار من حيث المواعيد فى المطالبة . و يختلف عنه من حيث أنه غير مقدر القيمة من قبل بين المالك الحقيق والمغتصب . ونظراً لهذا الشبه وهذا الخلف اختلف القضاء المصرى فى أمر التقادم فيه . اذ تارة يلحقه بالايجار فيجري عليه أحكام المادة ٢١١ / ٢٧٥ مدنى من حيث زواله وانقضاء الالتزام به

(١) انظر عكس ذلك استئناف ٣٠ ديسمبر سنة ٩١٩ المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٠ ص ٧ رقم ٤٣

(٢) le possesseur de bonne foi fait les fruits siens . ـ استئناف م ٨ مايو سنة ٩١٧ م ت ق ، ٢٩ ، ٤٠٥

(٣) verus dominus

بعد مضى خمس سنوات [١] وطوراً لا يلحقه به ويعتبره خارجاً عن الديون المستحقة فى آجال معينة ومقدرة من قبل [٢]

٥٢١ — وحجة المذهب القائل بالاخذ بالمادة ٢١١ / ٢٧٥ مدنى هى أن التقادم المنصوص عنه بالمادة ٢١١ من القانون المدنى مبني على تقصير الدائن [٥] من جهة و رغبة الشارع فى عدم خراب المدين من جهة أخرى وليس مبنياً على افتراض حصول دفع الدين السابق [٣] ولكن هذا المذهب لم يشر الى ضرورة توافر الشرطين الخاص أولها بتعيين المبلغ وثانيهما بتحديد الاجل بل اكتفى ببيان المسوغ الثانى أي العلة التشريعية للمادة . ولا يكفى المسوغ القانونى فى تعليل هذا الرأى بل يجب بيان الشروط التى بدونها لا تقوم للتعليل قائمة .

٥٢٢ — وأما المذهب الثانى القائل بعدم الاخذ بالتقادم الخمسى وضرورة الاخذ بالتقادم لمدة ١٥ سنة فانه لم يعلله بعلة ما اذ قرر بانه : « فما يتعلق بمضى المدة فالمادة ٢١١ من القانون المدنى لا تسري على من يضع يده على العين بسوء النية . . »

والذى نراه أن المذهب الثانى هو الاصح . انما يجب تعليله بنفس العلل القانونية التى علل بها القضاء الفرنسى وهى الشروط التى يجب توافرها فى الدين الذى يسقط بمضى خمس سنوات بحكم المادة ٢١١ / ٢٧٥ مدنى . هذه الشروط ليست متوافرة فى حالة الريع ، وذلك:

١) لان الدين لم يتعين أولا بين الدائن والمدين

٢) لان الاجل لم يتحدد أيضاً بينهما . وعدم امكان تعيين الدين وتحديد الاجل آت من أن الطرفين يجهلان بعضهما البعض

٣) أن الغاصب سيء النية فهو ليس جديراً بالحماية التى أراد أن يقرها له المذهب الاول عند ذكره للتعليل القانونى . لان الغاصب يقدم على اجراء عمل يعلم أنه غير مشروع فلا يصح أن يستفيد بما يستفيده حسن النية

---

(١) استئناف ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠م ر ١ ، ١٢ ص ٩٣ رقم ٥٠ (٢) استئناف ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ م ر ١ ، ١٣ ص ١٨٧ رقم ٩٢ — استئناف ٢٠ ديسمبر سنة ٩١٧ م ت ق ٣٠ ، ٩٥ — ٢١ نوفبر سنة ٤٣،٣٥،٩٢٢

(٣) حكم ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ المذكور

§ ٢ ـ فى التقادم المسقط

بمدة ٣٦٠ يوما

٥٢٣ ـ أن المسوغ القانونى لسقوط بعض الديون بمدة ٣٦٠ يوما ليس المسوغ الذى لوحظ فى سقوط الديون السابقة بمضى خمس سنوات بل المسوغ هنا هو أن الشارع يفترض حصول الوفاء[1] وتجرى العادة على أن هذه الديون ، وهى الواردة بالمادتين ٢٠٩/٢٧٣ مدنى و ٢١٠/٢٧٤ مدنى لا تثبت بالكتابة أى أن الوفاء بها يحصل فى وقت قصير ولا يعطى بالوفاء ايصال . لذا رأى الشارع أن يعمل فى تشريعه بشأن هذه الديون بما لا يتعارض مع العرف الجارى والعادة التى اعتادها الناس أى انه اعتمد فى تقرير السقوط فيها الى مظنة الوفاء . ولكن يحصل أن هذه الظنة لا تصادف مكانها من الحقيقة والواقع ، إذ يجوز أن الدين لم يدفع للدائن لذا احتاط الشارع وقرر ضرورة تحليف المدين اليمين على حصول الوفاء فعلا

وقالت فى ذلك المادة ٢١٢/ ٢٧٦ مدنى و٢٢٧٣ فرنسى ما يأتى : « فى حالة ما اذا كانت المده المقررة لسقوط الحق ثلاثمائة وستين يوما فأقل لا تبرأ ذمة من يدعى التخلص بمضى المدة الا بعد حلفه اليمين على أنه أدى حقيقة ما كان فى ذمته . »

فاذا حلفها تأيدت وقتئذ قرينة الوفاء . أما اذا أبى فقد اعتبر ذلك اعترافا بان الوفاء لم يحصل ولذا يلزمه دفع الدين[2]

وهذا بعكس التقادم العادى بمضى ١٥ سنة فانه لما كان الاساس فيه هو النظام العام والمصلحة العامة فالقانون يحمى المدين حتى لو ثبت أن الدين لم يدفع فعلا وفى الواقع .

٥٢٤ ـ والديون التى تسقط بمضى ٣٦٠ يوما مع شرط الحلف هى الديون التى عينتها على سبيل التحديد المادتان ٢٠٩/ ٢٧٢ مدنى و ٢٢٧١ فرنسى و ٢١٠/٢٧٣ مدنى و ٢٢٧٢ و ٢٢٧٣ فرنسى بالتحديد وهى :

(١) ١٨ مارس سنة ٩٠٩ ، ٢١ ، ٢٥٧ (٢) استئناف م ١٨ مارس سنة ٩٠٧ مج ق ـ ٢١ ، ٢٥٧

١) أتعاب المحامين والاطباء والمهندسين [١]

٢) ثمن ما يورده التجار [٢] للافراد . أما ما يورده التجار للتجار [٣] فانه يسقط بالمدة العادية [٤]

٣) المبالغ المطلوبة للمربين عن الدروس التي يلقونها على تلاميذهم [٥]

٤) أجرة الخدمة [٦]

هذه الديون تسقط بمضي ٣٦٠ يوما حتى ولو تقررت ديون أخرى من نوعها أثناء هذه المدة وقد نصت المادة ٢٠٩ / ٢٧٢ مدني على ذلك بالالفاظ الآتية «والمبالغ المستحقة للاطباء والمحامين والمهندسين أجرة سعيهم وللباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقا ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجارتهم ولمؤدبي الاطفال والمعلمين تلاميذهم وللخدمة ماهية لهم تزول بمضي ثلاثماية وستين يوما ولو استحقت ديون جديدة من قبيل ما ذكر في ظرف الثماية والستين يوما المذكورة »

٥) المبالغ المستحقة للمحضرين وكتبة المحاكم عن رسوم أوراق اعتباراً من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي تحررت بشأنها الاوراق المذكورة أو من تاريخ تحديدها اذا لم تحصل المرافعة (المادة ٢١٠ / ٢٧٤ مدني) أما الرسوم المحكوم بها لاحد طرفي الخصوم قبل الآخر فلا تسقط الا بمدة ١٥ سنة [١]

اليمين في التقادم بمدة ٣٦٠ يوماً

٥٢٥ — رأينا أن القانون اشترط اليمين لصحة الاخذ بالتقادم . فاذا حلفها المدين سقط الدين عنه لانه يحلف بانه دفع الدين حقيقة . وأما اذا لم يحلف اعتبر ذلك اعترافا باشتغال ذمته بالدين هذا فيما اذا كان المدين حيا يرزق . أما اذا مات فان القانون قرر في المادة ٢١٣ / ٢٧٧ مدني أنه يجب على الارامل والورثة والاوصياء ان يحلفوا اليمين بانهم لا يعلمون بان الدين لا زال مستحقا . وتسمى هذه اليمين بيمين العلم [٨]

---

(١) honoraires (٢) fournitures (٣) marchands à des commerçants (٤) دى هلس ج ٣ ص٣٧٦ ن ١٩٢ . — راجع النص فرنسي العبارة للمادة ٢٠٩ وقارنه بالنص العربي (٥) instituteurs et professeurs (٦) gages des domestiques (٧) حكم استئناف ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ر ١ ، ٢١ ص ٧٤ رقم ٤٦ (٨) serment de crédibilité

أى أنهم يجهلون بقاء الدين بذمة المورث . فاذا امتنعوا عن اليمين لزمهم الدين ووجب عليهم الوفاء

ويلاحظ ان الشارع لم يبح للدائن من الادلة خلاف اليمين وحرمه من الادلاء بأى دليل آخر ينهض فى اثبات الدين . وعلى ذلك فلا يباح للدائن مع استناد المدين الى سقوط الدين بمضى ٣٦٠ يوماً ان يقدم أى دليل آخر ، وله فقط اليمين . وليس له استحضار خصمه أمام القضاء واستجوابه تذرعاً لأخذ اعتراف منه بالدين . وكانت المادة ١٠ من القانون الصادر سنة ١٦٧٣ ، أى قبل سن القانون الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ تبيح للدائن حق توجيه اليمين وحق طلب استحضار خصمه لتوجيه أسئلة اليه أمام القاضى . ولما جاء الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٤ أخذ باليمين دون الاستجواب[١] وفعل مثله القانون المصرى سنة ١٨٧٥ و١٨٨٣ . واذا كان الشارع لم يكتف بمضى المدة بل أراد تقويتها باليمين التى تحلف على ان الدين لم يدفع فكان يلزم على ذلك منطقيا ان يباح للدائن بالادلاء بأى دليل يرى فيه وجها لاثبات دينه . ولكن خيف من التطويل فى الفصل فى مثل هذه الديون البسيطة نظراً للاعتبارات التى راعاها القانون فى ان هذه الديون لا تثبت عادة بالكتابة ولان المفروض فيها ، كما ذكرنا من قبل ، ان الوفاء ربما حصل عقب وجودها بزمن قريب

٥٣٦ — واذا كان الدائن ممنوعا بمقتضى القانون من حق طلب استحضار مدينه ليحصل على اقرار منه ببقاء الدين فى ذمته فان الحال تتغير اذا صدر اعتراف من المدين من تلقاء نفسه بعدم الوفاء . اذ من شأن هذا الاعتراف القضاء على مظنة الدفع . وعلى ذلك لا محل لتوجيه اليمين. ويحصل ذلك اذا بدأ المدين دفاعه بانكار الدين ولم يدفع بادىء ذى بدء بسقوطه [٢] أو أنه قرر أولا برغبته فى دفع الدين ثم عدل عن ذلك وتمسك بسقوط الدين بمضى المدة وهى ٣٦٠ يوما [٣] أو انه لم يدفع بالمدة المسقطة الا بعد أن دفع الدعوى بالمقاصة [٤]

---

(١) كابتان ص ١٣٥ (٢) د ، ٩٠٦ . ١ . ٣٦٦ . — س ، ٠٦ . ٩ . ١ ، ٤٠٠
(٣) استئناف م ٢٣ يونيو سنة ٩١٠ م ت ق ، ٢٢ ، ٣٨٧ — د ، ٩٩ ، ١ ، ٥٣٦ . — س ، ٩٩ . ١ . ٥٢١ (٤) د ، ٩٤ ، ١ ، ٥٣١ . — س ، ٩٥ . ١ ، ٢٩ ويجوز فى جميع الاحوال الخاصة بالتقادم الدفع اولا بالتقادم وثانيا باليمين : ٤ يناير سنة ٩١ ، ٣ ، ٢١٨

٥٢٧ — ملاحظة هامة : قلنا فى المسوغ القانونى فى سقوط هذه الديون بمضى مدة ٣٦٠ يوماً ان الشارع راعى فيها العرف والعادة التى سار عليها الناس فى معاملاتهم. ذلك انهم فى الغالب لا يثبتون هذه الديون بالكتابة فيما بينهم وانه نظراً لذلك افترض الشارع افتراضاً رجع فيه أيضاً الى العادة وهو أن الوفاء بهذه الديون يحصل بعد انشائها بوقت قريب جداً . فسرعة الوفاء نتيجة لعدم اثبات الدين بالكتابة . وعلى ذلك فالأصل فى مشروعية السقوط بمضى ٣٦٠ يوما هو عدم وجود سند كتابى بهذه الديون

لذا تتغير الحال ويزول التعليل القانونى للمادة ٢١١/٢٧٥ مدنى و ٢٢٧٧ فرنسى كلما أثبتت هذه الديون بالكتابة أى انها لا تسقط فى هذه الحالة بمضى ٣٦٠ يوماً بل تسقط بمضى المدة العادية القانونية لسقوط الحقوق وهى ١٥ سنة [١]

§ ٣ ـ التقادم المسقط بمدد أخرى

٥٢٨ ـ هناك نوع آخر من التقادم المسقط يرجع فى تعليل المسوغ القانونى له الى مظنة الوفاء أى الى افتراض الدفع من قبل المدين . هذا التقادم الآخر هو مدة خمس السنوات التى قررتها المادة ١٩٤ / ٢٠١ تجارى و ١٨٩ فرنسى عن جميع الدعاوى المتعلقة بالكمبيالات [٢] والسندات تحت الاذن [٣] الممضاة من التجار أو الخاصة بأعمال تجارية . وعلى ذلك يجوز لحامل هذه الاوراق توجيه اليمين الى المدين فيما اذا دفع هذا الاخير الدعوى بالمدة المسقطة [٤]

وهناك مدد أخرى صغيرة خاصة بسقوط بعض الحقوق . منها دعوي المسئولية عن المهندس المعمارى [٥] والمقاول [٦] تسقط بمضى عشر سنوات (المادة ٤٠٩/٥٠٠ مدنى ١٧٩٢ و ٢٢٧٠ فرنسى) وتسقط الدعوى المدنية الناشئة عن جناية بمضى عشر سنوات (المادة ٢٧١ / ٢٧٤ تحقيق جنايات و ٢ و ٦٣٧ فرنسى) وهناك رأى مخالف لهذا الرأى يقول بالتقادم الطويل أى ١٥ سنة وله أدلة قوية سيأتى ذكرها فى نظرية المسئولية

(١) جزئى ١٦ ديسمبر ٩٢٣ م ر ا ، ٢٤ ص ١٧١ عدد ١٠٠ (٢) lettres de change
(٣) billets à ordre (٤) د ، ٩٠٠ ، ١ ، ٥٥٩ ، س ، ٩٠١ ، ١ ، ٢٨
(٥) architecte (٦) entrepreneur

ويسقط الحق بمطالبة المحامين بالاوراق المودعة لديهم بمضى خمس سنوات [1] وذلك لان المحامين مأمورون بالقانون وبالمادة ٢٥ من اللائحة المذكورة برد الاوراق الى أصحابها عند انتهاء التوكيل . وليس لهم حق حبسها لديهم وفاء لما يستحقونه من أتعاب وخلافها . انما لهم أن يأخذوا صورة منها بمصاريف على حساب موكليهم

ويسقط الحق بمضى خمس سنوات فيما يتعلق بالدعاوى التى يجوز رفعها على الشركاء فى الشركات وغير المأمورين بتصفية الشركة أو على القائمين مقامهم (المادة ٦٥ / ٧١ تجارى و٦٤ فرنسى)

ويسقط الحق المدنى الناشئ عن جنحة بمضى ثلاث سنوات (المادة ٢٧٩ / ٢٧٤ تحقيق جنايات و ٢ و ٦٣٨ فرنسى) وهناك رأى آخر كما قررنا فى حالة الجناية

ويسقط الحق بمضى سنتين عند حصول غبن [2] فى بيع عقار القاصر (المواد ٣٣٦ ـ ٣٣٧ / ٤١٩ ـ ٤٢٠ مدنى و١٦٧٤ ـ ١٦٧٦ فرنسى) وشروط قبول الدعوى هى أن يكون البائع قاصراً [3] وأن يكون الغبن زائداً عن خمس الثمن الحقيقى وأن يكون المبيع عقاراً وأن ترفع الدعوى بتكملة الثمن . وأن ترفع فى ظرف سنتين من تاريخ البلوغ [4] أو من تاريخ الوفاة اذا رفعها الورثة . وعلى ذلك فالدعوى غير جائزة اذا كان البائع بالغاً بلغ الغبن ما بلغ ولا تقبل من المشترى ولا يجوز لغير القاصر رفعها . ولا يطلب فيها الفسخ . وهذا يخالف القانون الفرنسى اذ يبيح دعوى الفسخ لكل بائع قاصراً أو بالغاً اذا زاد الغبن عن $\frac{7}{12}$ من الثمن الحقيقى

ويسقط التعويض المدنى الناشىء عن مخالفة بمضى ستة شهور (المادة ٢٧٩ / ٢٧٤ تحقيق جنايات و٢ و٦٣٨ فرنسى) والخلاف فيه كما مر فى الجناية والجنحة

وتسقط دعوى الضمان بالنسبة للعيوب الخفية [5] فى المبيع بمضى ثمانية أيام من تاريخ العلم بها (المادة ٣٢٤ / ٤٠٢ مدنى) ـ ولم يقرر القانون الفرنسى فيما يتعلق بهذه

---

(١) المادة ٥٣ من لائحة الاجراآت الداخلية للمحاكم الاهلية الصادرة فى ١٤ فبراير سنة ١٨٨٤ . ويلاحظ ان لائحة الاجراآت الداخليه هذه هى غير لائحة ترتيب المحاكم الصادرة فى ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ وغير لائحة الاحكام الوقتية لتنفيذ لائحة ترتيب المحاكم الاهلية الصادرة فى ٢٧ يناير سنة ١٨٨٤ (٢) lésion (٣) mineur (٤) majorité (٥) vice caché

العيوب الفاسخة [١] مدة معينة لرفع الدعوى بل رجع في ذلك الى عرف الجهات وطبيعة العيوب (المادة ١٦٤٨ مدنى فرنسى)

مما مر يتبين أن المسوغ القانونى لهذه المدة القصيرة لم يكن مظنة الوفاء بل يرجع ذلك لاعتبارات خاصة بكل نوع على حدة ولذا لا يجوز فيها مطلقاً توجيه اليمين اذا دفع فيها الدين بمضى المدة

٤ — فى تعديل مدة التقادم بالزيادة

أو بالنقص برضاء العاقدين

٥٢٩ — قررت المادة ٨٠ فقرة أولى / ١٠٨ مدنى و ٢٢٢٠ فرنسى بانه لايجوز التنازل عن التقادم سلفا أو « لا يجوز ترك الحق فى التملك بمضى المدة الطويلة قبل حصوله » كما تقول المادة ٨٠ المذكورة . وهذا الحظر نتيجة اعتبار التقادم خاصا بالنظام العام . والا فانه اذا صح التنازل عن التمسك بمضى المدة وقت التعاقد على الالتزامات بين الافراد أصبح هـذا التقادم ولا أثر له فى القانون البتة اذ لا يتردد الدائنون أن يكرهوا مدينهم على قبول هـذا الشرط وتدوينه بالعقود والا أحجموا عن أمداده بما يطلب .

ولا يتمشى حظر التنازل على التقادم العام الموقوت بمدة ١٥ سنة بل يتمشى أيضا على التقادم الذي يرجع فيه الى افتراض الوفاء ومظنة الدفع من جانب المدين أى الى التقادم بمضى ٣٦٠ يوما الخاص باتعاب الاطباء والمحامين وغيرهم مما مر ذكره بالمواد ٢٠٩ ـ ٢١٠ / ٢٧٣ ـ ٢٧٥ مدنى و ٢٢٧١ ـ ٢٢٧٣ فرنسى وذلك لان مبدأ النظام العام قد لوحظ أيضا فى هذا التقادم حيث أريد به العمل على تقليل القضايا الخاصة بهذه الديون القصيرة الاجل

ولنفس هذه الاعتبارات المتقدمة يمكن القول أيضا بانه لايجوز الاتفاق على اطالة أجل مدد التقادم المقررة بالقانون ولو أن القانون لم ينص على هذا الحظر الخاص باطالة مدد التقادم الا انه مستفاد مع ذلك من نص المادة ٨٠ فقرة أولى / ١٠٨ مدنى و ٢٢٢٠

---

(١) vices rédhibitoires

فرنسي لانه لو أبيحت الاطالة لترتب على ذلك مضايقة المدين وحرمانه من الانتفاع بمزية الدفع بالتقادم المسقط اذا حصل الاتفاق على مدة طويلة جداً (١) وعلى ذلك نرى انه لا يجوز الاتفاق على جعل التقادم بالحساب الشمسي دون الحساب الهلالي لان الاول أطول من الثاني

هذا ويلاحظ أن هذا الحظر التشريعي (٢) لا يؤخذ به الا اذا اتفق العاقدان على ما يخالفه وقت انعقاد العقد بينهما وعلى ذلك ليس هناك من بأس على العاقدين فيما اذا تراضيا على ايقاف سريان مدة التقادم مؤقتاً حتى يتم الفصل في أمر يرتبط بأصل الدين وتقريره . اذ لا غبار على هذا التراضي وليس فيه ما يتعارض مع المصلحة العامة والنظام العام ويجب اقرار العاقدين عليه ما دام أن نيتهما منصرفة الى تمحيص حق الدائن بما فيه مصلحة حتمية للمدين والعدل بوجه عام (٣)

هذا فيما يتعلق بالتنازل مطلقا عن التمسك بمضى المدة وباطالة تلك الاطالة التي لم تخرج عن كونها صورة من التنازل

٥٣٠ — وما القول بشأن تقصير مدة التقادم ؟ هل يجوز للافراد الاتفاق على جعل مدة التقادم أقصر من المدة القانونية ؟ اتفق القضاء والفقه على هذا الجواز والسبب فيه يرجع الى ان في تقصير الاجل مصلحة للمدين في تسهيل سبيل الوفاء عليه . وعلى ذلك فليس فيه ما يمس النظام ويلحق بالمصلحة العامة أي ضرر وهذا ما يحصل عادة في العقود المسماة « عقود الانضمام (٤) » وهي تلك العقود التي يقوم فيها أحد العاقدين بدور هامّ ويتحكم بالنص على شروطه في العقد كما يأمر القانون بنصوصه وذلك نظراً لما هو عليه من السلطان والقوة من الوجهة الاقتصادية وهو ما تفعله شركات التأمين في النص على شرط بعقد التأمين (٥) يقضي بتقصير المدة التي يجب فيها على

(١) ١٧ فبراير سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ١٢٤ . ـ قارن ٥ فبراير سنة ٩١٩ ، ٣١ ، ١٥٢ أنظر مع ذلك حكم مجلس الحكومة بباريس Conseil d'Etat د ، ٨٢ ، ٣ ، ١١٩ . ـ س ، ٨٢ ، ٣ ، ٣٤
(٢) prohibition légale
(٣) محكمة النقض ببلجيكا د ، ٩٦ ، ٢ ، ١٦٩ ، ـ س ، ٩٥ ، ٤ ، ١٩ . ـ قارن د ، ٦٨ ، ٢ ، ١٠٨ . ـ س ، ٧١ ، ٢ ، ١٥٦
(٤) contrats d'adhésion
(٥) police

المؤمن له [١] أن يطالب الشركة بمبلغ التعويض [٢] المنصوص عنه بالعقد فيما اذا وقع الحادث [٣] واستحق المبلغ . وجرت عادة هذه الشركات أن تجعل مدة المطالبة ستة شهور أو سنة عند حصول حريق وتبتدىء المدة من تاريخ حصول الحريق أومن وقت الانتهاء من حصول الاجراآت القضائية أو أن تجعل المدة سنة وأحياناً ثلاثة أشهر فى حالة التأمين على الحياة [٤] وتنص شركات النقل عادة على تقصير مدة التقادم وجعلها أقل من المدة المقررة بالمادة ١٠٤/١٠٨ تجارى و١٠٨ فرنسى أى سنة أو ١٨٠ يوماً .

٥٣١ — هذا وقد لوحظ أن هناك شيئاً من الفوضى في اطلاق الحرية للعاقدين في تقدير آجال التقادم وقد آن للشارعين أن يتدخلوا في وضع حد لهذا الاطلاق [٥]

هـ . — متى يبتدىء سريان المدة ؟ [٦]

٥٣٢ — يبتدىء سريان المدة من وقت استحقاق الالتزام أى من الوقت الذى يستطيع فيه الدائن مقاضاة مدينه . وما دام ان وقت الاستحقاق لم يحن بعد فلا يسقط الدين بالمدة مهما طالت [٧] ويترتب على ذلك ما يأتى :

١) لا تسقط الحقوق الاحتمالية [٨] الا اذا تحقق شرط الاحتمال وطالما أن الاحتمال قائم فلا يسقط الحق. فالحق فى مطالبة الموثق مثلا بتعويض ، نظير اهماله في شرط من شروط صحة العقد يرجع الى اختصاصه المحض يعتبر موقوفاً حتى يحكم من جانب القضاء ببطلان العقد [٩]

٢) اذا تعلق الالتزام على شرط توقيفى فلا تبتدىء مدة التقادم الا من وقت تحقق الشرط ، لانه بتحقق الشرط يظهر الالتزام فى عالم الوجود (المادة ٢٢٥٧ فقرة

(١) assuré (٢) indemnité (٣) sinistre (٤) assurance sur la vie

(٥) د ، ١٩٦٠ ، ١ ، ٢٤١ ـ س ، ١٩٦٠ ، ١ ، ١١٣ ومقال « ليون كان Lyon Caën » ـ كابتان ص ١٣٨

(٦) بلانيول ص ٢٠٨ ن ٦٥٠ ومابعدها . ـ كابتان ص ١٣٨ وما بعدها

(٧) ويبتدىء سقوط الحق بالمطالبة بسند لم يبين فيه ميعاد للدفع ، من تاريخ السند بالذات . ٧ مارس سنة ١٩٠١ ، ١٣ ، ١٨١ . ـ ٢٧ ، ٨٤ ، ٥ ـ ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ ، ٣٠ ، ١٠٧

(٨) droits éventuels

(٩) س ، ١٩٠٨ ، ١ ، ٤٤٩

أولى فرنسى) وعلى ذلك لا تسقط دعوى الضمان عن المشترى قبل البائع الا من تاريخ الحكم باستحقاق المبيع للغير [1] أو من تاريخ التعرض للمشترى

٣) والالتزامات الموقوفة على أجل لا تسقط الا من تاريخ حلول الاجل (المادة ٢٢٥٧ فقرة ٣ فرنسى) ويجب الاخذ بهذه القاعدة في حالة الفوائد التى تسقط بمضى خمس سنوات بمقتضى المادة ٢١١ / ٢٧٥ مدنى و ٢٢٧٧ فرنسى إذ لا تستحق الفوائد ولا تعتبر دينا في ذمة المدين الا عند انتهاء المدة المقررة سنة أو بعض السنة

وقد نصت المادة ٢١٠ / ٢٧٤ مدنى على أن المبالغ المستحقة للمحضرين وكتبة المحاكم تسقط من تاريخ انتهاء المرافعة أو من تاريخ تحريرها . ولم ينص القانون في المادة ٢٠٩/٢٧٣ على الوقت الذى يبتدئ فيه السقوط بشأن اتعاب الاطباء والمحامين ولكن المفهوم أن الاتعاب لا تسقط الا من تاريخ استحقاقها وهى لا تستحق إلا عند الانتهاء من التوكيل أو انتهاء الطبيب من عمله فلا يسقط حق الطبيب فى أتعابه طالما أنه يعالج مريضه لا من تاريخ الانتهاء من كل مرة يحضر فيها للمعالجة . لأنه يحصل كثيراً أن الطبيب لا يتناول أجراً على كل مرة يرى فيها مريضه بل يرجىء ذلك الى نهاية المعالجة إذ المطالبة بالأجر عن كل مرة أمر متعذر الوقوع أدبيا ولذا يمكن اعتبار ذلك استحالة أدبية [2]

وتسقط أجرة الخدمة من تاريخ استحقاقها أى عند انتهاء المدة المتفق عليها للدفع . وكذلك بالنسبة لمبيعات التجار الواردة بالمادة ٢٠٩/٢٧٢ مدنى فان كل بيعة يسقط ثمنها من تاريخ حصول البيع ، إلا اذا كان من عادة المشترى أن يدفع الثمن فى نهاية كل شهر أو كل أسبوع فان سقوط الثمن لا يبتدئ إلا من تاريخ نهاية الشهر أو الاسبوع

٤) ويبتدئ سقوط الالتزام بالامتناع من تاريخ وقوع المخالفة أى من تاريخ العمل على ما يخالف الامتناع

---

(١) éviction المادة ٢٢٥٧ فقرة ٢ فرنسى . ـ استئناف ٢٠ مارس سنة ٩١٧ م ر ١٨ ، ١ ص ١١٨ رقم ٦٨ (٢) د ، ٩٩ ، ٢ ، ٣٧١ . ـ س ، ٩٩ ، ٢ ، ١٠١

٥٣٣ — وموجز ما تقدم أن سقوط الحق لا يبتدئ فقط من تاريخ وجود الحق بل ومن تاريخ امكان المطالبة به[١] أى أن الدعاوى التى لم تولد بعد لا تسقط بمضى المدة . وبناء على هذه القاعدة الدقيقة يقرر القضاء دائماً بانه اذا وجد الدائن فى حالة استحالة تمنعه من العمل على تحصيل دينه من طريق القضاء فان المدة المسقطة لا تبتدئ فى سريانها عليه سواء كانت الاستحالة راجعة الى مانع أم محظور قال به القانون أم اتفق عليه طرفا العقد أم نشأ عن ظروف قهرية أو جبرية[٢] وسواء كان المحظور ماديا أم أدبيا . وعلى ذلك لا يسرى التقادم المسقط على الزوجين لوجود الحائل الأدبى بينهما وهو الوئام فى الزوجية[٣] كما أنه لا يسرى على موظف الحكومة طالما أنه فى خدمتها[٤] . وكل ذلك تأييد للقاعدة القائلة بأن المدة المسقطة لا تسرى على من لم يستطع العمل[٥]

٥٣٤ — ومن الموانع التى تحول دون سقوط الدين بالتقادم بقاء العقار المرهون تحت يد الدين المرتهن[٦]

و — فى ايقاف سريان مدة التقادم

٥٣٥ — ان الاسباب فى ايقاف المدة المسقطة هى بعينها التى وردت عن إيقاف المدة المكسبة . إنما الذي نلاحظه هنا هو أن التقادم الخمسى أى التقادم بمضى خمس سنوات المقرر بالمادة ٢١١/٢٧٥ مدنى والتقادم بمضى ٣٦٠ يوماً يسرى أيضاً على الدائنين مفقودى الاهلية (المادة ٢٢٧٨ مدنى فرنسى) وهذا ما قال به بوتييه قبل سن القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ . وهو ما يؤخذ به أيضاً فى القانون المصرى رغم عدم النص عليه نصاً صريحاً

---

(١) actioni non natae non praescribitar وعلى ذلك لا تسقط دعوى تقديم الحساب بين الفضولى ورب العمل الا من يوم انتهاء العمل : ٢٣ مايو سنة ٩٤، ٦، ٣٠٦ (٢) د ٧٠، ١، ٣٠٩ . — س ، ٧١ ، ١ ، ١٣٧ (٣) جزئى أول يوليو سنة ٩١٨ م ر ١، ١٢ ص ١٠ (٤) استئناف ٢٤ ديسمبر سنة ٩٠٥ استقلال ج ٥ ص ١٣٠ (٥) contra non valentem agere non curit praescriptio (٦) استئناف ٦ يناير سنة ٩٢٠ م ر ١، ٢١ ص ١٠٦ عدد ٦٥ . — حكم كلى ١٥ مايو سنة ٩١٧ م ر ١، ١٨ ص ١٦١ عدد ٩١

٥٣٦ — ولكن ألا يلاحظ انه كان الاجدر بالشارع حماية مفقودى الاهلية فى حالة التقادم بمضى خمس سنوات وبمضى ٣٦٠ يوما وهذا من باب أولى مادام انه قرر حمايتهم بشأن المدد الاطول من ذلك ؟ ألم نر أن الشارع قرر حمايتهم ضد سريان المدة المكسبة عن ١٥ سنة أو ٥ سنوات (المادة ٨٤ و٨٥ / ١١٣ و ١١٤ مدنى) فى حالة اكتساب الحقوق وقرر أيضاً حمايتهم ضد سريان المدة المسقطة فى حالة زوال الحقوق ؟ (لان المادة ٢٠٥ / ٢٦٩ مدنى قررت فى باب التقادم المسقط ضرورة الاخذ بالمبادىء المقررة فى حالة قطع وإيقاف المدة فى باب التقادم المكسب ـ وفقد الاهلية هو من أسباب إيقاف سريان المدة) فاذا كان كذلك فلماذا لم يحمهم الشارع أيضاً فى حالة مدة خمس السنوات الواردة بالمادة ٢١١ / ٢٧٥ مدنى وفى حالة مدة ٣٦٠ يوماً الواردة بالمادتين ٢٠٩ و٢١٠ / ٢٧٣ و٢٧٤ مدنى ؟

السبب فى ذلك أن المفروض فى التقادم بمدة ٣٦٠ يوماً هو الوفاء من قبل المدين وافتراض الوفاء صحيح مهما كانت الصفة التى قامت بالدائن سواء كان بالغاً أو مفقود الاهلية قاصراً كان أو محجوراً عليه لسفه أوعته . وعلى ذلك اذا قيل بأنه كان من الواجب منطقياً حماية مفقود الاهلية فى حالة التقادم بخمس سنوات أو أقل بعد أن تقررت حمايته فى حالة ١٥ سنة ، فانه مما يتعارض مع المنطق ولا يرضى به العقل عدم الاخذ بافتراض الوفاء إذا كان الدائن قاصراً . هذا بالنسبة للتقادم المسقط بمضى ٣٦٠ يوماً . وأما التقادم المسقط بمضي ٥ سنوات وهو المنوه عنه بالمادة ٢١١ / و٢٧٥ مدنى فان مشروعيته فى حماية المدين حتى لايثقل ظهره بتراكم الدين وتجمده . وتقضى الضرورة هنا حتما بوجوب رعاية المدين وحمايته مهما قام بالدائن من الصفات المختلفة [1]

هذا هو التعليل القانونى فى سريان التقادم بمضى مدة خمس سنوات ومدة ٣٦٠ يوما على مفقودى الاهلية . وهو ذلك التعليل الذي اراده الشارع المصرى ، ولذا لم ير داعيا الى النص عليه لان المسوغ القانونى للتقادم المسقط بمضى خمس سنوات و بمضى ٣٦٠ يوما هو نفس المسوغ القانونى للمواد الفرنسية المقابلة لها

٥٣٧ — ولكن قد يمكن تعليل عدم النص صراحة بما سبق للشارع أن نص

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٤١

عليه . اذ ربما يقال بان الشارع قرر فى باب التقادم المكسب ان التقادم بمضى ١٥ سنة لا يسري على مفقودي الاهلية (المادة ٨٤ / ١٠٨ مدنى) ثم قرر أيضا بان التقادم المكسب لا يسرى على مفقود الاهلية اذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات (المادة ٨٥ / ١١٤ مدنى) أى ان فقد الاهلية سبب لايقاف سريان المدة . وبما أن القانون قرر فى باب التقادم المسقط بانه يرجع فيه فى مسائل القطع والايقاف الى ماسبق تقريره فى التقادم المكسب (المادة ٢٥ / ٢٦٩ مدنى) فيجب على ذلك أن يقال بان التقادم المسقط الذى يزيد عن خمس سنوات لا يسرى هو الآخر ضد مفقودى الاهلية أخذاً بالمادّة ٨٥ / ١١٤ مدنى . أى ان الذى يسرى عليهم هو التقادم المسقط بمضى خمس سنوات فأقل . وعلى ذلك يجب الرجوع فى تعليل سريان المواد ٢٠٩ و ٢١٠ و ٢١١ و ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ مدنى على مفقودى الاهلية الى المادة ٨٥ / ١١٤ مدنى

٥٣٨ — اننا لا نوافق على هذا التعليل التشريعى الذى لمح اليه دى هلس [١] بكلمة واحدة [٢] دون أن يبين تفاصيل التعليل الذى أوردناه نحن هنا . ذلك لاننا قلنا فى تفسير المادة ٨٥ / ١١٤ مدنى أنها تتناول أيضا التقادم المكسب بمضى خمس سنوات وقلنا بانه لا يعقل أن القانون يحمى مفقود الاهلية فى ظرف ١٥ سنة ويأبى عليه حمايته فى ظرف ٥ سنوات . وعلى ذلك لا يستقيم هذا التعليل التشريعى الذى قال به « دى هلس » على ما حصل الاتفاق عليه قضاء وفقها في أن المادة ٨٥ / ١١٤ مدنى تشمل أيضا التقادم المكسب بمضى خمس سنوات وان التعليل الوحيد الذي يرجع اليه فى مشروعية سريان التقادم المسقط هو ذلك التعليل الذى أوردناه عند ذكر المسوغ القانونى للمواد ٢٠٩ و ٢١٠ و ٢١١ / ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ مدنى

ز — في قطع التقادم

٥٣٩ — القطع فى التقادم المسقط يحصل اما بالمقاضاة من جانب الدائن أو بالاقرار بالدين من جانب المدين

(١) ج ٣ ص ٣٧٢ ن ١٧٩ وص ٣٢٦ ن ٥٦ (٢) وهى de plus الواردة بالمادة ٨٥ / ١١٤ مدنى

٥٤٠ — ١) مقاضاة الدائن للمدين : يحصل قطع التقادم اذا كان الدائن حاملا لسند تنفيذي وأجرى تنبيها بالوفاء (المادة ٨٢ / ١١٠ مدني و٢٢٤٤ فرنسي). أو أوقع حجزاً على المدين (المادة ٢٢٤٤ فرنسي) ولم تنص المادة المصرية على أن الحجز يقطع التقادم ومع ذلك فقد حكمت بعض المحاكم المصرية بان الحجز قاطع للتقادم . ويقطع التقادم بتوقيع الحجز على المنقولات [١] أو الحجز على ما للمدين تحت يد الغير [٢] سواء كان حجزاً تنفيذيا (استئناف م ١٢ يناير سنة ٩١٥ م ت ق ، ٢٧ ، ١٠٩) [٣] أو حجزاً تحفظيا [٤] ومهما تنوعت صنوف هذا الحجز فيما اذا كان حجزاً على منقولات المستأجر الموجودة بالعقار المؤجر [٥] أو الحجز الامتيازي الذي يوقعه المؤجر للاراضي الزراعية على المحصولات القائمة بالارض أو الموجودة بالاجران بناء على ما يقرره دكريتو ٧ سبتمبر سنة ١٨٨٧ وهو ما يسمى في عرف العمليين بالحجز الاداري [٦] أو حجزاً على منقولات المدين المتنقل [٧] (المادة ٦٧٤ / ٧٦٤ مرافعات) أو حجزاً استحقاقيا [٨] (المادة ٦٧٨ / ٧٦٧ مرافعات)

وقطع المدة يحصل بمجرد حصول الحجز في هذه الاحوال وساعة وقوعه لان التنبيه على المدين بالوفاء لا يكون الا اذا وجد مع الدائن سند رسمي حكما كان أو غيره . والتنبيه وحده قاطع للمدة وأما ما يلحقه من الحجز فانه مؤيد للقطع لا منشيء له [٩]

---

(١) saisie-exécution (٢) saisie-arrêt (٣) ومحضر التسليم الذي لم يمس شخصاً ما لا يعتبر قاطعاً للتقادم : ٢ مارس سنة ٩٢٠. ٣٢ ، ٢١١ . — وتقديم طلب لقلم الكتاب لاجل التوزيع production dans un greffe يعتبر بمثابة حجز تحت يد الغير فهو قاطع للتقادم : ١٥ يناير سنة ٩٢٤ ، ٣٦ ، ١٤٩ (٤) saisie-arrêt conservatoire (٥) saisie-gagerie (المادة ٦٧٨/٧٦٧ مرافعات) (٦) استئناف ١٧ مارس سنة ٩١٥ ش ٢ ص ٢١٨ رقم ٢٣٢ (٧) saisie-foraine

(٨) saisie-revendication (٩) ويرى الدكتور ابو هيف بك أن الحجز في ذاته لا يقطع التقادم في القانون المصري لعدم النص عليه ولكون اسباب قطع التقادم محصورة كما هو مقرر عند علماء فرنساء وفي محاكمها وأنه لايصح أن يقاس عليها غيرها من الاسباب ولذلك لا يقطع الحجز التقادم في نظره الا اذا كان متضماً التنبيه أو رفع الدعوى بحسب الاحوال فيكون قطع التقادم مسببا عن التنبيه أو الدعوى لا عن الحجز لذاته. راجع المناقشة التفصيلية لهذه النقطة في كتابه التنفيذ بند ٥٧٢ ، ٥٧٣ وكذلك بند ٣٣١ . — ويرى الدكتور عبد الفتاح السيد بك ان قطع التقادم يحصل بالنسبة لدين الحاجز وبالنسبة أيضاً لدين المحجوز عليه ولو أن ورقة الحجز لم تصل المحجوز لديه من ذاته اذ يعتبر هذا الاخير قائماً مقام مدينه في هذا العمل (تنفيذ عبد الفتاح بك ص ٢٤٨ ن ٣٢٧ حرف ا و ب .)

أما اذا كان الدين غير مؤيد بسند رسمى أو بحكم أو بعقد رسمى فان مجرد التكليف بالوفاء أو طلب الوفاء [1] لا يجدى فى قطع المدة أى لا يحدث ما يحدثه التنبيه المبني على سند رسمى [2] . بل يجب لأجل أن يكون التكليف أو الانذار منتجا فى قطع المدة أن يكون هو فى ذاته عريضة الدعوى التى ترفع على المدعى عليه [3] والعريضة قاطعة للدعوى سواء كانت المحكمة مختصة بنظر الدعوى أم غير مختصة [4]. أما الانذار الذى لا يأخذ شكل عريضة الدعوى فانه لا يقطع التقادم

وبناء على هذه القاعدة المتقدمة فى ضرورة رفع دعوى لاجل حصول قطع المدة فى التقادم يترتب ما يأتى : انه لا فائدة مطلقا من أجل احداث قطع فى المد اذا اقتصر الدائن على ما يأتى .

١ ـ مجرد حفظ الحق [5] كما اذا ذكر المؤجر في مخالصة أنه يحفظ لنفسه الحق في المطالبة بأجرة خاصة بمدة سابقة : [6]

٢ ـ ارسال خطاب عادى أو مسجل [7]

٣ ـ الاحتجاج بواسطة الطرق السياسية أو بواسطة السلطة الادارية [8] . ويجب مراعاة ما قلناه فى حالة المدة المكسبة بشأن القطع

وبمجرد رفع الدعوى يحصل القطع في التقادم ولا يؤثر طول نظر الدعوى على الحق ولكن اذا ظلت الدعوي مطروحة أمام القضاء وأصبحت موقوفة مدة ١٥ سنة سقطت الدعوى وسقط الحق معها [9]

---

(١) mise en demeure (٢) Commandement (٣) citation en justice

المادة ٨٢/١١٠ مدنى و٢٢٤٤ ـ ٢٢٤٧ فرنسى المجموعة سنة ٩١٦ ص٦١ والمجموعة سنة ٩٠٤ ص ٥٧ (٤) ٢ نوفبر سنة ٩٣ ، ٦ ، ٥ . ـ ٢٣ ، ١ . ـ ٤ ، ٢١٦ ـ ٢٣ ، ٢٣٧ . ـ ويجب ان يكون العمل القاطع قد توجه ضد المدين نفسه : ٩ ، ١٦٨ . ـ واذا حكم برفض الدعوى زال أثر القطع: ١١ فبراير سنة ٩٠٩ ، ٢١ ، ١٨٩ . ـ ١٢ ٦ . ـ ١٦ ، ١٠٥ . ـ ٢٣ ، ٣٣٠ . ـ ومحضر ايقاف التنفيذ قاطع التقادم اذا حصل الايقاف بسبب الاستئناف المرفوع من المدين ، مادام ان محضر التنفيذ يقضى بالتنفيذ بالوفاء : ١٥ يناير سنة ٩٢٤ ، ٣٦ ، ١٤٩

(٥) استئناف م ١٢ مارس سنة ٩١٣ م ت ق ٢٥ ، ٢٢٣ . ـ ٢٩ اكتوبر سنة ٩١٨ ، ٣١ ، ٤٠

(٦) استئناف ٢٢ نوفبر سنة ٩١٩ المجموعة سنة ٩٢٠ ص١٩٤ رقم ١٢ (٧) م ت ق ، ١٢ ، ٥٧

(٨) م ت ق ، ١٣ ، ٦٣ ـ ٢٤ ٤ ابريل سنة ٩٢٣ ، ٣٥ ، ٢٩٢ (٩) استئناف ١٤ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة سنة ١٩١٢ ص ٢٦٧ . ـ استئناف ١٠ مارس سنة ٩١٤ المجموعة سنة ٩١٤ ص ١٦٣ : مجموعة عياشى ص ٢٨٧ ن ١٣٣٥ وكتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ١١٤٠ . ـ وكتاب المرافعات للدكتور عبد الفتاح بك ص ٦٤٥ ن ٧٣٨

وفيما يتعلق بقطع المدة المسقطة بواسطة رفع الدعوى يجب الرجوع الى ما قررناه في قطع المدة المكسبة فيما تشترك فيه المدتان

ومن شأن الدعوى ليس فقط قطع التقادم بل من شأنها أن تجعل الحكم فيها مقرراً لتقادم طويل بمدة ١٥ سنة وهو غير التقادم الخاص بالحق المرفوعة عنه الدعوى ، وذلك نظراً لحصول استبدال أو تحوُّل فى الدين. اذ الدين الاول كان دينا بسند ، وأما الدين الثانى فهو دين بحكم

واذا حصل التنازل عن الدعوى أى حصل تركها [1] زال مفعول عريضة الدعوى وزال قطع التقادم [2]

واذا تركت الدعوى ثلاث سنوات دون عمل من المتقاضين جاز رفع دعوى ببطلان المرافعة فيبطل مفعول عريضة الدعوى وحدها دون ماتقدمها من الاجراءات كالتنبيه اذلا يسقط الا بمدة ١٥ سنة

٥٤١ – ٢) الاقرار بالدين [3] الاقرار من قبل المدين يقطع سريان المدة عليه (المادة ١٢٤٨ مدنى فرنسى) وذلك سواء كان الدين ناشئا عن عمل جنائى جناية كانت أو جنحة أم مخالفة . أم ناشئا عن عقد ، وسواء كانت المدة المسقطة مقررة بالقانون أم اتفق الطرفان على تقصيرها ، وسواء كان الاقرار صريحا [4] أم ضمنيا [5] كما اذا استفيد من دفع المدين لفوائد الدين [6]

ولقد سبق أن رأينا أن من نتائج قطع التقادم زوال المدة السابقة على القطع واعتبارها كأن لم تكن . ولذا يجب عند القطع أن تجدد مدة التقادم من جديد. هذا ويلاحظ انه رغم اقرار المدين فان مدة التقادم المقررة لسقوط الدين هى التى تتجدد لها مدة أخرى. فاذا كان الدين المعترف به يسقط بمضى خمس سنوات فيجب أن يسقط بعد الاقرار به بمضى خمس سنوات أيضا، لا ١٥ سنة، لان الدين هو هو لم يتغير ولم يستبدل بدين آخر (ومع ذلك راجع بند ٥٤٢ بشأن الدين الذى يسقط بمدة ٣٦٠) يوما اما اذا

---

(١) désistement d'instance (٢) ١٥ فبراير سنة ٩٤ ، ٦ ، ١٣٦ ولا يعبر بما احتفظ به المدعى من الاحتياط عند تقريره بالتنازل : ٢٥ ، ٢٢٣ (٣) reconnaissance (٤) expresse (٥) tacite (٦) د ، ٩٩ ، ٢ ، ١٨٢ وسواء كان الاقرار حاصلا فى مواجهة الدائن ام لا : ٢٨ ، ٣٦٥

حصل استبدال فى الدين وحل دين جديد محل الدين القديم وانصرف الطرفان الى محو القديم واحلاله بالجديد فلا يسقط الدين هذه المرة بمضى ٥ سنوات بل يسقط بالمدة العادية وهى ١٥ سنة[(١)]

هذا ويجب فى الاقرار الضمني أو الصريح أنلا يكون مبهما أوغامضا بل يجب أن تكون النية فيه معينة بوجود الدين[(٢)] وعلى ذلك لا يعتبر اعترافا ضمنيا مايأتى : شروع الشخص المقول بأنه مستأجر فى اتخاذ الاجراءات اللازمة لتعيين خبير بتحقيق أمر فني بشأن الارض المؤجرة كقلة المياه الضرورية للرى : هذا المشروع لايقطع المدة السارية لمصلحة ذلك المقول باستئجاره ولا يعتبر اعترافا منه بالدين حتى لو كانت هذه الاجراءات لم تتخذ من جانبه الا احتياطا لدعوى قد يقيمهاعليه المؤجر بطلب الايجار واستعداداً لدفع هذه الدعوى[(٣)]

فى الاقرار بالديون التى

تسقط بمضى مدة ٣٦٠ يوماً

٥٤٢ — رأينا عند ذكرنا للمسوغ القانونى لسقوط الديون البسيطة بمضى ٣٦٠ يوماً ان الشارع راعى ما جرت عليه العادة واتخذه الناس عرفاًلهم بشأن هذه الديون في أنهم لا يكتبون بها صكاً كتابياً وان الوفاء بها يحصل بعد انشائها بوقت قريب . وقلنا بانه لا يجوز لمنكر الدين ان يدفع الدعوى بالتقادم لان فى الدفع بالتقادم اعترافاً بوجود الدين فى الاصل وقد أنكره من قبل[(٤)]

وعلى ذلك اذا حصل الاعتراف بهذا الدين المنوه عنه بالمادتين ٢٠٩/٢٧٣ مدنى و ٢١٠/٢٧٤ مدنى ، أى أتعاب الاطباء والمحامين وأجرة الخدمة الخ . . ،

---

(١) د ، ٩٣ ، ٢ ، ٥٣٥ (٢) حكم استئناف ٢٢ نوفمبر سنة ٩١٩ المجموعة سنة ٩٢٠ ص ١٩٤ عدد ١٢٠ (٣) حكم كلى ٢ يوليو سنة ٩١٤ المجموعة سنة ٩١٥ ص ٢٩ رقم ١٩ ويرى القضاء ان الاحوال الواردة بالمادة ٨٢ والخاصة بقطع التقادم لم تذكر على سبيل الحصر . وعلى ذلك يعتبر من الاعمال القاطعة الحجوزات التحفظيه او المعارضات على شرط اعلانها الى الشخص المراد حرمانه من الاستفادة من التقادم م ت ق ، ٤ ، ٢٦٣ــ ١ ، ٧٢ و ٨٩ (٤) جزئى المجموعة سنة ٩١ ص ١٤٩

سواء كان حصل الاعتراف به كتابة بسند على حدة أو اعترف به بأى كيفية كانت شفهياً أو تحريرياً ، فان هذه الديون لا تسقط هذه المرة بمضى ٣٦٠ يوماً بل تسقط فقط بمضى ١٥ سنة وهذا هو الرأى الذى أخذ به القضاء الفرنسى [١] والقضاء المصرى أيضا [٢] وذلك لان الاعتبارات التى راعاها الشارع فى وضعه للمادتين ٢٠٩ و ٢١٠ مدنى لم تكن متوافرة عند اثبات الدين هذا بالاقرار الكتابى أو الشفوى . أى ان الدين يصبح عادياً تتمشى عليه القواعد العامة لسقوط الديون العادية أى ١٥ سنة تطبيقاً للمادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى

هذا هو الاعتبار القانونى الذى يرجع الى المسوغ القانونى . وهناك اعتبار تشريعى للاخذ بالرأى المتقدم . ذلك ان المادة ٢٣٧٤ فقرة ثانية تقول بانه لا يجوز الاخذ بالتقادم البسيط الخاص بهذه الديون فى حالة ما اذا حصل الاقرار بها على شكل حساب جار [٣] أو حصل الاقرار بها بورقة [٤] أو رفعت عنها دعوى أمام القضاء ولم تسقط الدعوى بالبطلان

ولم تخرج هذه المادة الفرنسية عن كونها مؤيدة المبدأ ذاته ما دام ان الامر في المسوغ القانونى ظاهر واضح لا غموض فيه

٥٤٣ ـ هذا ويجب مع ذلك ملاحظة ما يأتى :

ان الذى يجعل التقادم عادياً أى ١٥ سنة بدلا من ٣٦٠ هو الاقرار ذاته الصادر من المدين لا مجرد عمل قاطع للمدة . وعلى ذلك لا يعتبر رفع الدعوى فى ذاته كالاقرار من حيث النتائج القانونية برغم ما صرحت به المادة ٢٢٧٤ فقرة ٢ لان رفع الدعوى لا يفيد الاقرار بالدين ولا يقضى على افتراض الوفاء ذلك الافتراض الذى يعتبر المسوغ القانونى للتقادم بمضى ٣٦٠ يوما [٥] بل تكون نتيجة رفع الدعوى

---

(١) د ، ٩١٠ ، ١ ، ٢٩٧ ـ س ، ٩١٠ ، ١ ، ٤١٧ (٢) واقرار المدين بديون سابقة يعتبر قاطعاً للمدة . ومثل هذا الدين يسقط بالتقادم الطويل ١٥ سنه لانه حصل استبدال الدين القديم بهذا الدين الجديد : ١٢ ديسمبر سنة ٢٠٩،٢٠٨٩ . ـ ٢٤ مارس سنة ٩١٠ ، ٢٢٣،٢٢ (٣) compte courant (٤) cédule (٥) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٤٣

منع تملم المدة المبتدأة وتظل المدة موقوفة طول مدة قيام الدعوى أمام المحكمة الى أن تسقط الدعوى بالتقادم

وفوق ما تقدم فان محكمة النقض والابرام بباريس قررت انه بفرض حصول القطع فى المدة بسبب الاقرار بالدين فانه لا يكفى الاقرار الضمنى في تغيير مدة التقادم القصيرة ، أى ٣٦٠ يوماً ، بالمدة الطويلة ، أى ١٥ سنة ، بل يجب أن يكون هذا الاقرار بالكتابة وأن يكون تعيين المبلغ تعيينا صريحا [1] كذلك قررت ان الاقرار الضمنى بالدين كالذى يستفاد من دفع جزء من الدين لا ينتج عنه فقط عدم استبدال التقادم البسيط ، وهو ٣٦٠ يوما ، بالتقادم الطويل ، وهو ١٥ سنة ، بشأن الباقى من الدين بعد الذى دفع منه ، بل أن هذا الاقرار الضمني المستفاد من الوفاء ببعض الدين ، لا يقطع سريان مدة التقادم البسيط وهو ٣٦٠ يوماً بالنسبة للباقى من الدين [2]

ح . — فى احتساب مدد التقادم

٥٤٤ — مدد التقادم على نوعين :

أولا : مدد التقادم المكسب . هذه المدد هى ١٥ سنة بوجه عام و ٥ سنوات اذا كان واضع اليد متذرعا بسبب صحيح وحسن النية

ثانياً : مدد التقادم المسقط . هذه المدد المختلفة هى إما ١٥ سنة وهى المدة العادية واما ١٠ سنوات فى الدعاوى الخاصة بمسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين و ٥ سنوات فى الفوائد والايجار وسنتان فى دعوى تكملة الثمن عند حصول غبن في بيع عقار القاصر و ٣٦٠ يوما فى أتعاب الاطباء والمحامين وغيرهم و ٨ أيام فى دعوى العيوب الخفية للمبيع

هذه هى المدد التى قررها القانون المدنى . والقاعدة العامة هى سقوط الحق بمضي ١٥ سنة سواء كان خاصا بالتقادم المكسب (المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى) أم خاصا

(١) د ، ١٩٠٨ ، ١ ، ٦٥ . — س ، ١٩٠٦ ، ١ ، ٥١٣ ومقال « تيسيه Tissier » (٢) د ، ١٩١١ ، ١ ، ٤٧٠ . — س ، ١٩١١ ، ١ ، ٣٩٩

بالتقادم المسقط (المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى) وهاتان المادتان هما اللتان يقرران قاعدة التقادم في سقوط الحقوق العينية العقارية والحقوق الشخصية

وما القول حينئذ فى دعوى الميراث والوقف فهل تسقط أو تكتسب بمضى ١٥ سنة وهى المدة العادية للتقادم والتى قررها القانون بالمادتين ٧٦ و ٢٠٨ مدنى ؟ أو ان سقوطها واكتسابها يرجع لاحكام الشريعة الاسلامية ؟

ط — فى سقوط دعوى الميراث والوقف بالتقادم

٥٤٥ — يراد بدعوى الميراث [1] الدعوى التى يوجهها الوارث قبل الورثة يطالبهم فيها بنصيبه فى الميراث . وفى هذه الحالة يجب عليه أن يثبت أمرين . أولا كونه وارثاً بالطريقة الشرعية . ثانيا . انه لم تمض المدة القانونية المانعة من سماع الدعوى فيما اذا ادعى خصمه مضيها

أما كونه وارثا بالطريقة الشرعية فهذا هو ما يفصل فيه القضاء الشرعى دون غيره (المادة ٥٤ / ٧٧ مدنى) ولا عبرة بأى حكم صادر من محكمة أخرى أهلية أو أجنبية من شأنه أن يؤثر على حقه فى الارث. فاذا صدر حكم من محكمة الجنايات على الوارث بانه قاتل لمورثه فلا يتقيد القضاء الشرعى به بل يجب طبقا لما تراه المحاكم الشرعية ، اثبات القتل شرعا امامها فاذا لم يثبت أصبح وارثاً وجاز له أخذ نصيبه فى التركة . وكذلك العكس اذ حكم ببراءته من القضاء الاهلى أو الاجنبى وحكم بانه قاتل فى القضاء الشرعى .

وأما المدة القانونية المانعة من الارث ففيها تفصيل لابد منه حتى يتجلى الحكم فيها. ويتناول البحث هنا أربع مسائل : ١) التقادم فى الشريعة الاسلامية. ٢) التقادم عند الخلفاء . ٣) التقادم الشرعى فى مصر . ٤) حكم القضاء الاهلى والمختلط في التقادم الشرعى

§ ١ — التقادم فى الشريعة الاسلامية

٥٤٦ ـ الاصل فى الشريعة الاسلامية انها لا تعرف التقادم أى مضى المدة

(١) pétition d'hérédité

المكسب أو المسقط أي أن الحق لا يزول ولا ينقضى بمرور الزمن وهذا الاصل يرجع للحديث النبوى « لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم » ولكن لما خيف على مصالح الناس من الفساد والتحايل الذى يجرونه فيما بينهم قرر فقهاء الشريعة مبدأ آخر متصلا بالمبدأ الاول وهو تخصيص القضاء بالزمان والمكان والخصومة . بمعنى انه يجوز للحاكم فى توليته القاضى القضاء أن يعين له الازمنة والامكنة وأنواع الخصومات التى لا يخرج عنها فى حكمه [1] أى يجوز للحاكم أن يقرر منع القاضى من سماع الدعوى اذا مضى زمن يقرره ولم يكن لدى صاحب الحق مانع يمنعه من قبل فى تقاضى حقه . أما اذا كان لديه مانع حال دون المقاضاة فلا يسقط الحق طال ما طال [2] والحق فى ذاته لا يسقط انما يمنع صاحبه من التقاضى به وعلى ذلك اذا جاء الخصم واعترف بالحق لصاحبه بعد مضى الزمن المضروب بمعرفة الحاكم قضى بالحق لصاحبه وأما اذا أنكر فيمنع القاضى من سماع دعوى المدعى أى من سماع أدلته فى اثبات الحق [3]

§ ٢ — التقادم عند الخلفاء والسلاطين

قد اختلف الفقهاء فى تعيين المدة التى لا تسمع بعدها الدعوى فجعلوها ٣٠ سنة و٣٣ سنة و٣٦ سنة . وكان من شأن هذه الاختلافات اضطراب فى الاحكام ورفع للطمأنينة عن الافراد . لذا قرر السلطان سليم العثمانى الذى تولى الحكم سنة ١٥١٧ أن تجعل هذه المدة ١٥ سنة أى انه قرر بحكم مبدأ التخصيص بالازمان والمكان والخصومة أن يمنع القاضى من سماع دعوى صاحب الحق اذا ظل بدون عذر شرعى كمانع مادى أو أدبى أو طبيعى (مثل فقد الاهلية) وهو لا يطالب بحقه (المادة ١٦٦٠ من المجلة ج ٣ ص ٣٧٩) . وعلى ذلك يكون مرور الزمان الشرعى مبنيا على أمرين . الاول حكم اجتهادى نص عليه الفقهاء والثانى أمر سلطانى يجب على القضاة اتباعه [4] لانهم بمقتضاه معزولون عن سماع دعوى مضى عليها ١٥ سنة بدون عذر والقاضى وكيل

(١) المعاملات لابى الفتح بك ج ١ ص ١٠٤ و ١٠٥ والمادة ١٨٠١ من المجلة ج ٢ ص ٥٥٧
(٢) المجلة ج ٢ ص ٣٧٧ — ٣٧٨ (٣) المجلة ج ٢ ص ٣٧٧ (٤) المجلة ج ٢ ص ٣٧٨

عن السلطان والوكيل يستفيد التصرف من موكله فاذا خصص له تخصص وإذا عمم تعمم [١]

واذا مضى على الدعوى ١٥ سنة وأمر السلطان بسماعها بعد هذه المدة تسمع حتى لو كانت قد تركت بدون عذر من جانب صاحب الحق أما اذا مضى عليها ٣٠ سنة بلا عذر فلا تسمع وان أمر السلطان بسماعها . والفرق بين هاتين الحالتين هو أن منع سماع الدعوى بعد ١٥ سنة مبنى على النهى السلطانى فمن نهى عن سماع الدعوى له أن يأمر بسماعها . وأما عدم سماع الدعوى بعد ٣٠ سنة فهو مبني على منع الفقهاء وليس للسلطان أن ينقضه لان أمر السلطان انما ينفذ اذا وافق الشرع والافلا [٢]

ولما كان من المقرر عند فقهاء الشريعة أن دعوى الوقف لا تسمع بعد مضى ٣٣ سنة فقد ألحقوا بها دعوى الميراث وتقررت فى الدولة العلية مدة ١٥ سنة لسقوط جميع الحقوق بما فيها الارث وأصل الوقف [٣]

§ ٣ — فى التقادم الشرعى في مصر

٥٤٧ — ولما دخلت مصر تحت حكم الدولة العثمانية تمشت عليها قوانين هذه الدولة . فعمل فى مصر فيما يتعلق بعدم سماع الدعوى باتباع المدتين ١٥ سنة و ٣٣ سنة

وقد صدرت لائحة المحاكم الشرعية فى ١٧ يونيو سنة ١٨٨٠ وورد بالبند ١٤ منها ما يأتى : « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من المرافعة وعدم العذر الشرعى له في اقامتها إلا في الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الانكار للحق في تلك المدة »

ولما صدرت اللائحة الشرعية التالية لها في ٢٧ مايو سنة ١٨٩٧ ورد بالبند ٩٦ منها ما يأتى : « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة

(١) المجلة ج ٢ ص ٣٧٨ (٢) المجلة ج ٢ ص ٣٧٨ (٣) المادة ١٦٦٠ ج ٢ ص ٣٧٩ من المجلة — استئناف ٤ يناير سنة ١٨٩٤ الحقوق مجلد ٩ ص ٧٣ والقضاء المصرى الاهلى لجمال بك المحامى جزء أول وثان ص ٦٣٥ نبذة ١٧٨٨

مع تمكن المدعى من المرافعة وعدم العذر الشرعى له في اقامتها الا فى الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الانكار للحق في تلك المدة »

وأخيراً صدرت اللائحة الشرعية الحاضرة وهى موضوعة بقانون ٣ يوليو سنة ١٩١٠ رقم ٣١ وجاء في المادة ٣٧٦ منها ما يأتى : « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم اقامتها الا فى الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى ، وهذا كله مع الانكار للحق في تلك المدة » ويتلخص مما سبق أن دعوى الارث أي مطالبة الوارث لوارث آخر يمنع من سماعها بعد مضى ٣٣ سنة . وأما مطالبة الوارث لأجنبى فتسقط بمضى ١٥ سنة [1] وكذلك الحال فى الوقف

ومما تقدم يرى أنه ثبت من طريق رسمى تشريعى أن المدة المكسبة والمسقطة فى القانون المصرى ابتداء من ٢٧ يونيو سنة ١٨٨٠ أي قبل انشاء المحاكم الاهلية بثلاث سنوات وبعد انشاء المحاكم المختلطة بخمس سنوات ، هذه المدة هى ١٥ سنة عن جميع الحقوق سواء كانت المدة مكسبة أم مسقطة ، ما عدا حق الارث والوقف فان المدة فيه ٣٣ سنة

هذا وقد قرر القانون المختلط الاخذ بمدة ١٥ سنة سنة ١٨٧٥ وقلده فيه القانون الاهلى أيضا سنة ١٨٨٣ ولم يشر أحدهما الى مدة ٣٣ سنة مطلقا. وقررت المادة ١٠٢ مدنى مختلط بان الملكية والحقوق العينية تسقط بمضى ١٥ سنة . وكذلك فعلت المادة ٧٦ مدنى أهلى . ولما عدل كل من القانونين الاهلى والمختلط أسباب التملك وجعل منها التقادم لم يذكرا شيئا عن مدة ٣٣ سنة . وكذلك فعلا عند ما ذكرا أيضا المواريث باعتبارها هى الأخرى سببا فى الملكية فان القانون المصرى لم يشر مطلقا الى ٣٣ سنة ولكن الشارع الشرعى أصر على الاشارة الى مدة ٣٣ سنة في سنة ١٨٨٠ وسنة ١٩٠٧ وسنة ١٩١٠

---

(١) المعاملات لابى الفتح بك ج ١ ص ١٠٩

فهل يستفاد مما تقدم أن الشارع المدنى (أهلياً كان أو مختلطا) يجهل التقادم بمضى ٣٣ سنة لانه لم يرد له ذكر بالمرة في القانون في أسباب التملك ، لا فى التقادم ولا فى المواريث ، وأنه على ذلك لا يعرف الا التقادم بمضى ١٥ سنة عن جميع الحقوق بما فيها الارث والوقف عملا بالمادة ١٦٦٠ من المجلة المعمول بها فى الدولة العلية ؟ أم أنه فى تقريره بالمادة ٥٤/١٣٠ مدنى الرجوع فى حالة المواريث والوقف الى القوانين المحلية قد أراد بذلك فقط الرجوع الى أحكام التقادم المقررة إما باللوائح الشرعية [1] واما بكتب الفقه الاسلامى المأخوذ بهـا قبل سنة ١٨٧٦ وهو تاريخ انشاء المحاكم المختلطة ، أى بالعرف القضائى الذى جرى عليه القضاء الشرعى المصري قبل سنة ١٨٧٦ وقبل انشاء المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ ؟

هذان الرأيان هما محل النظر الآن وقد أخذ بهما معا القضاء الاهلى فى أحكامه فقضى تارة بالاول وتارة بالثانى

§ ٤ ـ حكم القضاء المصري فى التقادم الشرعى

١ً ـ القضاء المختلط

٥٤٨ ـ اضطرد القضاء على اعتبار ان لا تقادم فى الشريعة الاسلامية وأن الحقوق لا تسقط فيها طال عليها الاجل ما طال وأن حقوق الارث والوقف تمنع الدعوى فيها بمضى ٣٣ سنة وأن المدة هذه لا تعتبر تقادما [2] انما تعتبر دفعا بعدم جواز نظر الدعوي [3] وسار القضاء المختلط مضطرداً في أحكامه هذه لا يتغير . ولكن بعض الاحكام مع ذلك قد قرر أن مضى المدة هذه يعتبر تقادماً مسقطا [4] بالنسبة لصاحب الحق نفسه أى أن الحق يعتبر أنه قدزال عنه [5] وكذلك يتحرر العقار من حق صاحبه الاول عليه

(١) أى لائحة سنة ١٨٨٠ التى كانت معروفة قبل انشاء المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣

(٢) prescription (٣) fin de non recevoir استئناف م، مت ق : ٢٧،٢٩ ـ ٢١ ، ١٩٩ ، ٠ ـ ٢٥ ، ٢٨٥ (٤) prescription extinctive (٥) م ت ق،١٦ ،١٤٨

٢ً ـ القضاء الاهلى

٥٤٩ —ميز القضاء الاهلى بين حالتى الوقف والميراث

الحالة الاولى : حالة الوقف

٥٤٩ مكرراً ـ للقضاء الاهلي فيه رأيان : رأى يقول بان الوقف لا يزول بمضى مدة ١٥ سنة بل بمدة ٣٣ سنة ورأي يقول بانه بالعكس يزول بمضى ١٥ سنة

٥٥٠ — الرأى الاول للقضاء الاهلى فى الوقف : يقول بزوال الوقف بمضى ٣٣ سنة وحجته فى ذلك ما يأتى ١) إن عدم النص على زواله بمدة ٢٣ سنة بالقانون الاهلى يفيد أن الشارع أراد الرجوع الى حكم الشريعه الاسلامية التى تقرر زواله بمضى ٣٣ سنة — ٢) الوقف من الشريعة فمن الصواب افتراض أن الواقف أسس الوقف اتباعا لمبادئها وليس من العدل تطبيق قانون مخالف لقصد الواقف بل من العدل فى الاخذ بالمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية الرجوع الى الشريعة — ٣) إن الشريعة لم تقرر الملكية بالتقادم وعلى ذلك يكون تملك الوقف بالتقادم مخالفا لاحكام الشريعة ٤) إن فى اباحة تملك العقار الموقوف مضيعة للفائدة من الوقف [1]

ومع ذلك لا يزول الوقف بمضى ٣٣ سنة اذا اعترف الخصم بوجوده [2]

٥٥١ — الرأى الثانى للقضاء الاهلى فى الوقف : يقول هذا الرأى بسريان هذا التقادم بمضى ١٥ سنة على الوقف لا بمضى ٣٣ سنة .وحجته فى ذلك:

١) لا يوجد بقانون المحاكم الاهلية (والمختلطة) نص يقضى بعدم جواز امتلاك الوقف بالتقادم بمضى ١٥ سنة . انما الذى ورد فى القانون هو عدم جواز

---

(١) استئناف ٢٣ فبراير سنة ٩٠٥ مجلة الاستقلال المجلد ٤ ص٣٠٦،ـ المجموعة سنة ٩٠٥ ص ٢١١ .ـ قضاء المحاكم الاهلية لعياشى ص٤٣٥ نبذة ١٩٧٦ .ـ تعليقات جلاد على القانون المدنى ص٦٠ نبذة ٣٨ و٣٩ و٤١ وص٥٦ ن٦ و٧ و٨ .ـ استئناف ٨ مارس سنة ٩٢١ المجموعة سنة ٩٢١ ص ٤٧ عدد ٢٢ (٢) استئناف ٢٩ يناير سنة ٩١١ المجموعة ٩١١ ص١٤٩ .ـ قضاء المحاكم الاهلية لعياشى ص٤٣٦ ن ١٩٧٧

امتلاك الاملاك المخصصة للمنفعة العامة بمضي المدة . — ٢) إن الشريعة عينت مدة لمنع سماع الدعوى فعينت ١٥ سنة للدعاوى العادية و٣٣ سنة لدعوى الوقف والارث فهي اذن قد جعلت للزمن أثراً شرعيا على وجود الوقف . — ٣) متى كانت الدعوي من اختصاص المحاكم الاهلية وجب أن يسري قانونها عليها والقانون لم يميز بين الاعيان الموقوفة وغير الموقوفة . — ٤) إن زوال ملكية الوقف لا يتصل بأصله حتى يقال بزوال اختصاص القضاء الاهلي عنه — ٥) إن المادة ٧٦ / ١٠٢ مدني قررت سقوط الملكية وجميع الحقوق العينية بمضي ١٥ سنة دون التمييز بين حق وحق [1] وهذا الرأى هو الاوجه والذى نراه الارجح وعلى الاخص فانه يتفق مع النزعة التشريعية العالمية الحاضرة فى أنها تمقت كل ما من شأنه قتل الحركة الاقتصادية أو شلها بقيود تذهب بمزية نمو الدورة الاقتصادية . ولقد أصبح نظام الوقف فى العصر الحاضر من النظم التى لا يرغب فيها الشارع لاسباب اقتصادية واخلاقية وقد آن لهذا الشارع اذا أراد استبقاءه أن يعمل على ترتيب أحكام له تتفق مع العصر الاقتصادى الحاضر . واذا كان الامر كذلك وجب على القضاء أن يعمل ما من شأنه التمهيد لهذا التشريع الجديد فلا يقضى بسقوط الوقف بمدة ٣٣ سنة بل يقضى بمدة ١٥ سنة وذلك رغم اتفاق فقهاء الشريعة على ٣٣ سنة وعدم اختلافهم فيها . وهذا بخلاف مدة التقادم فى دعوى الارث فانهم اختلفوا فى مدة سقوطها اذ قال بعضهم ٣٣ سنة والبعض الآخر ١٥ سنة كما سيجيء . على أن مدة ١٥ سنة هذه المقررة لسقوط الحقوق أصبحت هى الاخرى طويلة بالنسبة للعصر الحاضر لانها تقررت فى القرن السادس عشر أى عقب ولاية السلطان سليم العثمانى سنة ١٥١٧ فى الوقت الذى لم تعرف فيه الحركة الاقتصادية السريعة المعروفة الآن . ومن أهم عوامل تقصير آجال التقادم سهولة المواصلات ونشر المدنية وتعميم المعارف على الافراد لان من شأن

---

(١) استئناف ٢٠ فبراير سنة ٩٠ مجلة المحاكم مجلد ١١ ص ٢١٩ . — تعليقات جلاد على القانون المدنى ص ٦٠ نبذة ٣٧ . — استئناف فى ٢٥ مايو سنة ٩٨ الحقوق مجلد ١٢ ص ١٩٧ . — كتاب القضاء المصرى الاهلى لجمال بك المحامى ج ٣ و ٤ ص ٨٥٢ نبذة ٢٤٤٧ حكم استئناف ٢٥ ديسمبر سنة ٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ١١٠ ومشار اليه بكتاب مجموعة الاحكام لحمدى بك السيد فى القانون المدنى ص ٦١ نبذة ٣٠٨

ذلك كله أن يجعل المالك بحيث لا يكون بعيداً عن ملكه فاذا بعد عليه مادياً فمن السهل عليه الاشراف على ملكه بالمكاتبة و بقطع مدة التقادم بأى وسيلة ولذا كان نقد كولين وكابتان لطول مدة التقادم حقا كما بينا ذلك فى مكانه

الحالة الثانية . حالة الميراث . ومقارنة القضاء الاهلى والقضاء المختلط وآراء رجال الفقه الاسلامى

للقضاء الاهلى وجهتان للنظر من حيث التفرقة بين مدتى ١٥ سنة و٣٣ سنة وللقضاء المختلط وجهة مندمجة فى وجهة النظر الثانية للقضاء الاهلى

٥٥٢ — وجهة النظر الاولى : يقول القضاء الاهلى فى طريق أخذه بالتفرقة بين ١٥ سنة و٣٣ سنة انه يجب التميز بين نوعين من الدعاوي المرفوعة بالميراث النوع الاول : اذا رفعت الدعوى من الوارث على وارث. فى هذه الحالة تسقط الدعوى بمضى ٣٣ سنة — النوع الثانى اذا رفعت الدعوى من الوارث على أجنبى وفى هذه الحالة يجب الاخذ بمضى مدة ١٥ سنة [1] وتلحق الوصية بالارث فى نظر القضاء [2]

وهل تتفق النتيجة القانونية لوجهة النظر للقضاء المختلط هذه مع وجهة النظر الاولى للقضاء الاهلى ؟ لا تتفق النتيجة فيهما . لان الرأى الاول الاهلى يقول كما رأينا بسقوط حق الوارث قبل الوارث بمضى ٣٣ سنة لا بمضى ١٥ سنة فى حالة التزام فى الملكية ولكن القضاء المختلط يقول كما لاحظنا ذلك ، بأن حق الوارث قبل الوارث يسقط بمدة ١٥ سنة لا ٣٣ سنة اذا كان التزاما خاصا بالملكية لا بالنصيب الشرعى بالميراث

٥٥٣ — وجهة النظر الثانية : يقول بها القضاء المختلط والقضاء الاهلى : وهى تنحصر فى التفرقة ، عند الاخذ باحدى المدتين ١٥ سنة أو ٣٣ سنة بين **دعوى الارث ودعوى الملكية** : وللقضاء المختلط والقضاء الاهلى طريقتان فى التفرقة

(١) استئناف ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ الحقوق ٣٥ ص ٥٩ — حكم ابتدائى ٢١ يونيه سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٤ ص ١٢٣ . — المجموعة سنة ٩٢٠ عدد ٩٤ . — القضاء المصرى الاهلى لجمال بك المحامى المجموعة الثانية سنة ١٩٠٩ ص ٣٨٢ نبذة ١٠٤١ و١٠٤٢ — تعليقات جلاد على القانون المدنى ص ٥٦ ن ٧ ، — وص ٦٠ ن ١٩١٩
(٢) حكم استئناف ٤ يناير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٧٣ — مجموعة جمال الاولى ص ٦٣٥ ن ١٧٨ وهو حكم مطول أتى على تفصيل واف لتقادم فى حكم الشريعة الاسلامية وآراء رجال الفقة فيه

بين هاتين الدعويين ، ولكن كل طريقة تنتهي منهما بنفس النتائج التى تنتهى بها الثانية ولكن هل هى هى بعينها نفس النتائج التى تنتهى بها وجهة النظر الاولى ؟

٥٥٤ — ١) طريقة القضاء المختلط فى التفرقة بين دعوى الملكية ودعوى الارث : يقول هذا القضاء ان لدعوى الميراث[1] صفتان لاصقتان بها . الصفة الاولى كونها دعوى شخصية [2] أى انها دعوى يطالب فيها المدعى القائل بالوراثة الحكم له بانه وارث وتعيين نصيبه فى التركة ان كان النصف أو الثلث الخ — والصفة الثانية كونها دعوى عينية [3] أى المطالبة بتثبيت ملكيته لنصيبه الشرعى المقرر له فى الحالة الاولى

٥٥٥ — ورتب القضاء المختلط على هذين الوصفين الهامين لدعوى الارث النتيجة الهامة الآتية : قال بأن دعوى الارث بصفتها الاولى فى كونها شخصية هى من اختصاص القضاء الشرعى وأما بصفتها الثانيه فى كونها عينية فهى من اختصاص القضاء العادى المدنى غير الشرعى [4] وعلى هذه النتيجة رتب القضاء المختلط النتيجة الآتية . وهى أن المادة ٩٦ من لائحة المحاكم الشرعية الصادرة فى ١٧ مايو سنة ١٨٩٧ التى قررت منع سماع دعوى الارث بعد ٣٣ سنة إنما قررت دفعا بعدم جواز نظر الدعوى [5] ولم تقرر التقادم المكسب أو المسقط وعلى ذلك لا تأثير لهذا الدفع الشرعى على الدفع بالتقادم . «لان عدم الجواز دفع شرعى راجع للقضاء الشرعى والدفع بالتقادم دفع مدنى راجع للقضاء الاهلى » وعلى ذلك يجوز أمام القضاء المدنى التمسك بالتقادم وهو لا يكون إلا بمدة ١٥ سنة ، ضد التركة نفسها أى ضد الورثة المثلين للتركة . ويجوز للدائن المرتهن رهناً تأمينيا لعقار المالك بالتقادم ، التمسك هو الآخر بمدة ١٥ سنة

٥٥٦ — ٢) طريقة القضاء الاهلى فى التفرقة بين دعوى الملكية ودعوى الارث : يستند هذا القضاء فى تلك التفرقة الى أصلين شرعيين والى المادتين ٥٨٧ من قانون العدل والانصاف ، والمادة ٣٧٦ من لائحة المحاكم الشرعية الصادرة فى ٣ يوليو سنة ١٩١٠ . أما الاصلان الشرعيان فهما المستفادان من المادتين المذكورتين لان

---

(١) action en pétition d'hérédité (٢) action personnelle (٣) action réelle

(٤) استئناف م ٢٧ مايو سنة ٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ص ٣١١ والاحكام الواردة بالحاشيه ٣ (٥) fin de non recevoir

أولها يقضى بعدم سقوط الحق بتقادم الزمان ويقضى ثانيهما بتخصيص القضاء بالزمان والمكان والخصومة . وقد بينا ذلك فى مكانه . وأما المادة ٥٨٧ من قانون العدل والانصاف فهى ما يأتى : « الحق لا يسقط بتقادم الزمان فلو وضع شخص يده على دار أو أرض أو غيرهما مدة سواء طالت المدة أو قصرت وهو معترف بانها ملك فلان فانه يؤمر بردها اليه اذا طلب فلان ذلك . وان كان منكراً انها ملك فلان ، وفلان يدعى انها ملكه ، ينظر ان كان مضى على وضع يده خمس عشرة سنة فاكثر لا تسمع دعوى الا فى الارث والوقف وعند وجود عذر شرعى . لكن فى الارث والوقف انما تسمع الدعوى بعد مضى هذه المدة اذا لم يمض على وضع اليد ثلاث وثلاثون سنة . أما اذا مضى ذلك فلا تسمع دعوى الارث والوقف أيضاً الا عند وجود عذر شرعى » وأما المادة ٣٧٦ من اللائحة الشرعية سنة ٩١٠ فقد سبق لنا ذكرها بالنص ، اذ نصت على سقوط الحق بمضى ١٥ سنة الا فى الارث والوقف فيسقط بمدة ٣٣ سنة

واستنتج من هذا القضاء من ربط المادتين بعضهما ببعض ومن المادة ٥٤ الخاصة باتباع أحكام الشريعة فيما يتعلق بالمواريث ، ومن المادتين ٧٦ و ٢٠٨ الخاصتين بسقوط الحقوق العينية والشخصية بمدة ١٥ سنة ـ استنتج من ذلك كله أن دعوى الملكية الآيلة عن الارث تسقط بمدة ١٥ سنة وان دعوى الارث في ذاتها تسقط بمدة ٣٣ سنة . وأنه على ذلك يجب على القضاء الاهلى أن لا يأخذ بغير المادتين ٧٦ و ٢٠٨ فى حالة الملكية بسبب الارث أو بغير سبب الارث وانه « يحرم عليه فى هذه الحالة الرجوع الى قوانين وشرائع أخرى[1] »

وقرر هذا القضاء بانه : « قد ورد فى كتب الفقه أن الدعوى فى الملكية الآيلة عن ارث أو شراء أو هبة ونحو ذلك لا تسمع اذا مضى على وضع اليد خمس عشرة سنة . وكان واضع اليد منكراً لحق المدعى » ثم أشار بعد ذلك الى تنقيح الفتاوى الحامدية والمبسوط ورد المحتار على الدر المختار

٥٥٧ ـ هذا القضاء الاهلى في نتيجته هو نفس القضاء المختلط في نتيجته فهما يتفقان فى وجهة النظر الثانية ، أى أن دعوى الملكية تسقط بمدة ١٥ سنة مهما كان سببها سواء كان الخصم فيها وارثاً أو أجنبياً . وهذا يخالف الرأى الاول للقضاء الاهلى

(١) استئناف ١٣ فبراير سنة ٩١٧ المجموعة سنة ٩١٧ ص ١٥٧ رقم ٩٠ وهو حكم مطول وهام التزامات ذهنى ـ ٦٨

الذى قصر سقوط الدعوى بمدة ١٥ سنة على حالة مخاصمة الوارث للاجنبي من التركة.

٥٦٠ — والذى نرجحه نحن هو الرأى الثانى لانه يتفق مع النصوص القانونية المدنية أهلية ومختلطة . ويتفق أيضاً مع النصوص التشريعية الشرعية ومع رأى بعض فقهاء الشريعة الاسلامية

أما من حيث الاتفاق مع النصوص التشريعية الشرعية فان المواد الواردة باللوائح المختلطة الخاصة بالمحاكم الشرعية قد أشارت الى ١٥ سنة وإلى ٣٣ سنة ولم تفرق في اشارتها الى ١٥ سنة ان هذه المدة لا تتمشى على دعاوى الميراث الخاصة بالمطالبة بمال أى حق مالى له أثر في ثروة الانسان أى ماله . نعم ولو أنها لم تشر أيضاً في ذكرها لمدة ٣٣ سنة الى أنها خاصة بحالة اثبات صفة الوراثة فقط لا المطالبة بحق مالى إلا أن المفهوم أن القضاء الشرعى ممنوع عملا (لا قانوناً أى من الوجهة التشريعية البحتة لعدم وجود النص) من القضاء فى الحقوق المالية أى الحقوق المالية الخاصة بالتعامل المدنى وغيره ، الا اذا تعلق هذا الحق بحق شرعى الاصل فى الفصل فيه يرجع الى القضاء الشرعى كالمطالبة بمؤخر الصداق أو الحضانة أو النفقة [1] وعلى ذلك نؤيد القضاء المختلط فيما ذهب اليه من أن دعوى الميراث اذا رمت الى المطالبة بحق، وجب رفعها أمام القضاء المدنى وفى هذه الحالة يجب الاخذ بمدة ١٥ سنة وأما اذا أريد بها مجرد اثبات الوراثة وجب رفعها أمام القضاء الشرعى وفى هذه الحالة يؤخذ بمدة ٣٣ سنة ولكن ربما يحصل التساؤل فيما يأتى : علامَ هذه الدعوى فى اثبات الوراثة لمجرد اثبات كون المدعى وارثاً للمتوفي ما لم يكن الغرض منها غرضاً مالياً ؟ أليس كل دعوى ارث انما ترمى فى الحقيقة الى المطالبة بنصيب في التركة ؟ واذا كانت كل دعوى ارث هى دعوى مالية إذ تستحيل الى مال حتماً فيجب أن تسقط بمضى ٣٣ سنة لا بمضى ١٥ سنة لأنه لا معني الآن لهذه التفرقة ما دام أن دعوى الارث دعوى مالية ؟ يكون هذا الاعتراض فى محله لو كانت كل دعوى ارث مالية حتما . ولكن هناك

(١) على أننا نلاحظ أنه فيما يتعلق بمؤخر الصداق فالفصل فيه للقضاء الاهلى اذا كان المؤخر ثابتاً بسندأما اذا تناول النزاع الزوجية وجوداً وعدما خرج النزاع عن حظيرة القضاء الاهلى فيما يتعلق بالزوجية . وأما الحضانة وأجرتها فهى من اختصاص القضاء الشرعى المحض . وأما النفقة فانه قد سبق أن رأينا أنهـا أصبحت هى الاخرى مقررة بالنصوص المدنيـة فوق تقريرها بالنصوص الشرعية (المواد ١٥٤ ـ ١٥٧ / ٢١٦ ـ ٢١٩ مدنى)

من دعاوى الارث ما لا ينصرف الى مال ضرورة بل يكون الغرض منها مجرد اثبات الوراثة للمتوفى لأغراض شتى : مثلا لأن مدعى الوراثة انما يريد أن يفخر بانتسابه الى المورث المتوفى باعتبار هذا الاخير من طبقة الاشراف أو الحاكمين فيصيب بذلك فوائد أدبية لا تخفى . ومنها أيضاً أن مدعى الوراثة انما يريد بها أن يكون وارثاً لفلان حتى يكون كفؤاً للتزوج من الأسرة الفلانية . والكفاءة شرط من شروط الزواج شرعا

٥٦١ — اذا علم ذلك وجب علينا الاشارة أيضا الى ما قرره علماء الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بسقوط دعوي الارث بمضى المدة . ذلك لأنهم وان اتفقوا فى سقوط دعوى الوقف بمدة ٣٣ سنة الا أنهم اختلفوا فيما يتعلق بالارث فبعضهم قال بسقوطها بمدة ١٥ سنة واليك البيان :

جاء فى كتاب ابن عابدين [(١)] «القضاء مظهر لا مثبت و يتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ . قلت فلا تسمع الآن بعدها الا بأمر، الا فى الوقف والارث ووجود عذر شرعى . وبه أفتى المفتى ابو السعود فليحفظ » هذا هو المتن الذي ورد بهامش الصفحة ٤٥٦. واليك الآن ما قرره ابن عابدين نفسه فى شرحه لهذ المتن . قال : « لا تسمع الآن بعدها) أى لنهى السلطان عن سماعها بعدها . فقد قال السيد الحموي فى حاشية الاشباه : أخبرنى استاذى شيخ الاسلام يحيى افندى الشهير بالمنقارى أن السلاطين الآن يأمرون قضاتهم فى جميع ولاياتهم ان لا يسمعوا دعوى بعد مضى خمس عشرة سنة سوى الوقف والارث » اه ونقل فى الحامدية فتاوى من المذاهب الاربعة بعدم سماعها بعد النهى المذكور

وقال ابن عابدين أيضا ما يأتى : « قوله الا فى الوقف والارث ووجود عذر شرعى » استثناء الارث موافق لما مر عن الحموى ولما فى الحامدية من فتاوى احمد افندى المهمندارى مفتى دمشق انه كتب على ثلاثة اسئلة انه تسمع دعوى الارث ولا يمنعها طول المدة ويخالفه ما فى الخيرية حيث ذكر أن المستثنى ثلاثة مال اليتيم والوقف والغائب ومقتضاه ان الارث غير مستثني فلا تسمع دعواه بعد هذه المدة وقد نقل

(١) ج ٤ ص ٣٥٦ طبعة سنة ١٣٢٥ ه ما يأتى : « فروع »

فى الحامدية عن المهمندارى أيضا أنه كتب على سؤال آخر فيمن تركت دعواها الارث بعد بلوغها خمس عشرة سنة بلا عذر ان الدعوى لا تسمع الا بأمر سلطانى ونقل أيضا مثله فتوي تركية عن المولى أبى السعود وتعريبها : اذا تركت دعوى الارث بلا عذر شرعى خمس عشرة سنة فهل لا تسمع ؟ الجواب لا تسمع الا اذا اعترف الخصم بالحق وتمل مثله شيخ مشايخنا التركمانى عن فتاوى على افندى مفتى الروم. ونقل مثله أيضا شيخ مشايخنا السائحانى عن فتاوى عبد الله افندى مفتى الروم وهذا الذى رأينا عليه عمل من قبلنا فالظاهر أنه ورد نهى جديد بعدم سماع دعوى الارث والله سبحانه اعلم» اه

٥٦٢ — هذا ونضيف الى ما تقدم أن طول المدة فى التقادم مما يتعارض فى الاوقات الحاضرة مع النهضة العلمية القانونية وان علماء القانون يميلون الى تقصير آجال التقادم هذا . ولا معني البتة فى تقرير مدتين فى سقوط الحقوق بشأن التركة . وان قيل بان يد الوارث المدعى عليه كانت يداً نائبة لا يداً مالكة وان ذلك هو السبب فى اطالة مدة التقادم وجعلها ٣٣ سنة ، فلا يعبأ بهذا القول. لانه فى حالة ما اذا كانت اليد نيابية فلا تملك مهما طال الاجل ما دامت نية التمليك منعدمة . وأما اذا تغيرت اليد من يد نائبة الى يد مالكة ، وامارات التغيير كثيرة ، فان واضع اليد يملك بمدة ١٥ سنة من تاريخ تغير النية وهذا ظاهر

ي . — فى آثار التقادم

٥٦٣ — قلنا إن أثر التقادم المكسب لا يقع من تلقاء نفسه وبمحض سلطة القانون بل لا بد من أن يظهر صاحبه رغبته فى التمسك به . كذلك فى حالة التقادم المسقط فانه لا بد فيه من اظهار المدين ارادته فى التمسك به . وعلى ذلك تترتب النتائج الآتية :

١) لا يجوز للقاضى الحكم بالتقادم من تلقاء نفسه

٢) يجوز التمسك بالتقادم فى أى حالة كانت عليها الدعوى

٣) التنازل عن التقادم يصح بعد تمامه لا قبل تمامه والتنازل صريح أو ضمنى

٤) يجوز للدائن الدفع بالتقادم عن المدين بدعوى الابطال

وقد ورد الكلام عليها جميعا فلا نعود الى شرحها

في انتقال الالتزامات [١]

كلمة عامة

٥٦٣ — تنتقل الالتزامات من يد الى يد بالرضاء أو بسبب الوفاة . فاذا مات أحد الطرفين انتقلت حقوقه وواجباته الى ورثته . وأما انتقال الالتزام بالرضاء فيكون من طريق الاتفاق والتراضي عليه بين الدائن والمدين والمحول اليه

والاصل عند الشعوب القديمة ان الالتزام شخصي محض [٢] ويراعى عند انشائه شخص الدائن وشخص المدين ولذلك كان لا يجوز انتقال الالتزامات بالتراضي . [٣] وأما في الجماعات الحاضرة فلا يعول كثيراً على شخصية المتعاقدين ولذا يعتبر الالتزام في الوقت الحاضر مجرد « شيء ذو قيمة » [٤] يدخل ضمن مال الدائن بخلاف الالتزام في العصور السابقة حيث كان يعتبر رباطاً بين الدائن والمدين ليستحيل الى سلطة في الامر والنهي [٥] ولذا كان عدم الوفاء من قبل المدين سبباً في إيقاع العقاب به وسومه سوء العذاب كجعله عبداً أو سجنه أو بتر عضو منه أو قتله

ولما نمت المدنية وكثرت المعاملات وتشعبت وسائل الحياة زال الاعتبار الشخصي للالتزام وأصبح الالتزام في ذاته مجرد شيء مقوم بالمال

وأخذ بنظرية انتقال الالتزامات بعد أن تقرر الاخذ بانتقال الحقوق العينية . ذلك لان الحقوق الشخصية حقوق مؤقتة وتزول بالانقضاء ولذا كان الانتقال فيها أسهل من الحقوق العينية التي كانت في أصلها خالدة دائمة . فاذا أريد تحويل الحق العيني الى مال وجب التصرف فيه بالبيع أو غيره . واذا أريد تحويل الالتزام الى مال وجب تحصيله أي العمل على زواله . لذا ظهر انتقال الملكية في التاريخ قبل ظهور انتقال الحقوق الشخصية وأصبح لنظرية اقتضاء الالتزامات بالوفاء أو بالاكراه المالي

(١) transmissibilité des obligations (٢) intuitu personae
(٣) intransmissibilité (٤) valeur (٥) pouvoir de commandement

من النتائج فى الوقت الحاضر ما هو أهم من النتائج فى نقل الملكية

ومما تقدم يرى ان نظرية انتقال الالتزامات نظرية عصرية

انتقال الحق فى القانون الرومانى

٥٦٤ — كان الرومان لا يعرفون من وسائل احلال [١] دائن محل آخر الا وسيلة الاحالة بالاستبدال [٢] وهى طريقة لابد فيها من رضاء المدين . ثم قرر الرومان الاستعانة بوسيلة أخرى فى نقل الدين [٣] ، هذه الطريقة هى طريقة التوكيل فيما يعود بالفائدة على الوكيل نفسه [٤] وهى تنحصر في أن الدائن يوكل شخصاً أجنبياً وهو المحال اليه [٥] فى أن يعمل على تحصيل الدين بالنيابة عنه من المدين مع اعفاء هذا الوكيل [٦] من تقديم حساب للموكل . ويلاحظ فى هذه الحالة انه لا بد من الحصول على رضاء المدين ، والسبب فى ضرورة هذا الرضاء راجع الى ان انتقال الدين من الدائن الى الاجنبى لايتحقق ولا يتم بعد التوكيل الا اذا قبل المدين التقاضى من جانب الوكيل فانعقدت الخصومة بينهما بما يسمى « الاشهاد على الخصومة » [٧] بين الوكيل ، وهو الاجنبى ، والمدين . ولما جاء العصر الامبراطورى تعدل هـذا النوع من التوكيل وتقرر أن انتقال الدين لا يستلزم الوصول الى الاشهاد على الخصومة بل يكفى فى اتمامه وتحقيقه مجرد ارسال اعلان أو أخبار [٨] الى المدين بحصول الانتقال حتى لا يدفع الدين الى الدائن الاصلى (قانون جورديان [٩] سنة ٢٣٩ بعد المسيح) ثم تقرر أيضاً أن مجرد الاتفاق على انتقال الدين ، ولو أنه لايمس الحق من حيث وجوده تحت يد الدائن المحيل ، الا انه يترتب عليه نقل « الدعوى المفيدة » [١٠] الى الدائن الجديد المحال اليه . ويتلخص من كل ذلك ان الحق لم ينفصل عن الدائن ولكن الذى انتقل الى المحال اليه هو مجرد الفائدة من الحق [١١] أى فى صورة « دعوى مفيدة »

---

(١) substitution (٢) délégation novatoire (٣) cession de créance
(٤) procuratio in rem suam (٥) cessionnaire (٦) procurator (٧) litis contestatio (٨) signification (٩) Gordien (١٠) action utile (١١) bénéfice أو émolument

انتقال الحق فى الشريعة الاسلامية

٥٦٥ ـ لا بد فيه من رضاء المدين (المادة ٦٨٢ من المجلة) لان المحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب ولان الحوالة الزام دين عليه ولا لزوم بلا التزام وتصح الحوالة بدون رضا المحال عليه وقبوله فى مسألة واحدة وهى فيما اذا استدانت الزوجة النفقة بأمر القاضى لها أن تحيل بها على الزوج بدون رضاه [١]

هذا واشتراط رضاء المدين بالحوالة فى الشريعة الاسلامية قد ورد فى القانون الاهلى بالمادة ٣٤٩ مدنى . أما القانون المدنى المختلط فانه لم يأخذ بهذا الشرط (الا فيما بين الوطنيين) كما لم يأخذ به القانون الفرنسى

والحوالة [٢] هى عمل قانونى [٣] ينقل به الدائن دينه الى المحال (أى المحول اليه) [٤] الذى يحل محله فى هذا الدين

وقد وردت الحوالة باحد فصول البيع فى القانون المصرى والفرنسى مختلطاً أو أهليا وذلك لان الحوالة تحصل في الغالب مقابل دفع ثمن لها وهى على هذا الاعتبار صورة من البيع (المادة ٣٤٨/٤٣٤ مدنى) ولكن يحصل أيضاً أن تقع الحوالة بلا مقابل وتعتبر هبة ، أو تستعمل أداة للوفاء بغير النقد [٥] أو أداة للرهن

ومما يميز الحوالة عن البيع والهبة أنها تفترض وجود ثلاثة اشخاص محيل [٦] ومحول اليه [٧] ومحول عليه [٨] بخلاف البيع والهبة فانهما يفرضان وجود شخصين فقط بائع ومشتر ، أو واهب وموهوب اليه

ونرى ضرورة التكلم على الحوالة فى نظرية الالتزامات لان الحوالة أصبحت فى الوقت الحاضر وسيلة من وسائل الوفاء وأصبحت على الأخص أداة للتعامل بين الافراد [٩] لذا كانت الصق بالالتزامات منها بالبيع رغم ورودها فى باب البيع

---

(١) شرح المجله ج ١ ص ٣٥٠ (٢) cession de créance أو cession - transport
(٣) acte juridique (٤) cessionnaire (٥) dation en paiement (٦) cédant
(٧) cessionnaire (٨) cédé (٩) instrument de crédit

١) في شروط الحوالة

٥٦٦ — شروط الحوالة ترجع إما للعاقدين وإما للغير

١) شروط الحوالة بالنسبة للمتعاقدين

٥٦٦ مكرراً ـ تصح الحوالة في القانون الفرنسي بمجرد الاتفاق عليها . وأما ماقررته المادة ١٦٨٩ مدنى فرنسى من شرط آخر وهو تسليم سند الدين ، أى السند الكتابى الى المحول اليه فهو شرط لا محل له لان الحوالة صحيحة بمجرد الاتفاق عليها [١] بين الطرفين [٢] وتسليم السند لم يخرج عن كونه تنفيذاً للاتفاق

وفى القانون المختلط تصح الحوالة بمجرد رضاء العاقدين (المادة ٤٣٥ مدنى . ونصها : « تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع الى المشترى بمجرد تراضيهما ») وهى في ذلك تحكي القانون الفرنسى

وأما في القانون الاهلى فلا بد في صحة الحوالة من رضاء المدين كتابة أى أن الحوالة لاتنعقد قانونا ولا ينتقل الحق من الدائن المحيل الى المحول اليه الا برضاء المدين فاذا لم يكن هناك رضاء من المدين بالتحويل وقت انعقاد الدين الأصلى أو وقت التحويل فلا يعتبر أن هناك حوالة ولا انتقال حق انما يجوز توجيه اليمين الى المدين على واقعة قبوله بالتحويل أو الاخذ باقراره أى اعترافه [٣]

ويلاحظ أن فى توقف صحة التحويل على رضاء المدين رغم تراضى المحيل والمحول اليه شذوذاً لقاعدة حرية التعاقد بتراضى المتعاقدين

وجرت العادة في المعاملات فى مصر أن سند الدين المأخوذ على المدين يشتمل دائما على شرط قبول الدين بتحويل الدين من الدائن لاى شخص يريد [٤] وأصبح هذا الشرط مطبوعا بالسندات الجارية دون أن يعيره المدين أهمية تذكر لانه محكوم

---

(١) uno consensu (٢) inter partes (٣) aveu المادة ٣٤٩ مدنى . ونصها «لاتنتقل ملكية الديون créance والحقوق المبيعة droit cédé ولايعتبر بيعها صحيحاً valable الا اذا رضى المدين بذلك بموجب كتابة فاذا لم توجد كتابة مشتملة على رضاء المدين بالبيع لاتقبل أوجه ثبوت عليه غير اليمين» (٤) clause à ordre

بالدائن وقت انشاء الدين وقد يستفاد الرضا بالتحويل ضمناً كما اذا أباح مستحق في وقف لدائنه حق قبض استحقاقه من الناظر مباشرة فصرف له الناظر بناء على ذلك التحويل . اذ معني ذلك قبول الحوالة ضمناً من جانب الناظر لدائن المستحق [١]

٢) شروط الحوالة بالنسبة للغير

٥٦٧ — يراد بالغير من لم يشترك في الحوالة أو كل شخص له مصلحة في استبعاد التحويل . ولا تسرى الحوالة عليه الا بتوافر إجراء [٢] خاص يراد به اشهار الحوالة أو اعلانها [٣] . هذا الاجراء الخاص هو إما اخبار المدين بالحوالة وإما أخذ رضائه بها

١) **اخبار المدين بالحوالة** : يجب ادبان المخبر بالحوالة على يد محضر [٤] ويحصل هذا الاخبار اما بمعرفة المحيل أو المحول اليه باعتبار الاول ضامنا للصفقة والثانى مشترياً لها وظاهر أن الاعلان للمدين لا يمكن اعتباره فى الحقيقة اشهاراً للحوالة لانه موجه ضد المدين المحول عليه فقط . ولكن فائدة الاعلان بالنسبة للغير ترجع الى أن علم المدين بالحوالة رسمياً يلزمه بنتائج تصرفه مع الغير فاذا جاء هذا الغير وكان مشترياً للدين وسأل المدين عما اذا كان قد وصله قبل الآن انذار آخر بتحويل سابق، ثم دلس عليه المدين وأخبره بعدم وصول انذار سابق مع أن الحقيقة عكس ذلك أصبح هذا المدين ملزماً بتعويض قبل هذا المشترى الثانى أو المحول اليه الثانى [٥] فالانذار من هذه الوجهة يؤدى بطريق غير مباشر ما يؤديه الاشهار المعروف

وشرط الاخبار هذا لا أثر له في القانون الاهلى لانه لا يؤدى أى فائدة طالما أن المدين لم يرض بالتحويل من قبل وفائدته انما تظهر في القانون الفرنسى وفي القانون المختلط (المادة ٤٣٦ فقرة ٢ مدنى)

رضاء المدين بالتحويل — [٦] الرضاء بالتحويل ينتج نفس النتيجة التى ينتجها الانذار . وتحصل بالكتابة ضرورة . ويجب فى الكتابة أن تكون سنداً رسمياً [٧]

---

(١) جرانمولان ، العقود ص ٨٨ ن ٢٤٢ (٢) formalité (٣) publicité

(٤) signification (٥) س ، ٩٨ ، ١ ، ١١٣ ومنال « واهل Wahl »

(٦) acceptation (٧) acte authentique

طبقا للقانون الفرنسى (المادة ١٦٩٠) ولكن الشارحين انتقدوا هذا التشدد الذى لا محل له واقترحوا أن يكون السند عرفياً على شرط أن يكون ثابت التاريخ [1] وهو ما فعله القانون المختلط (المادة ٤٣٦ فقرة ٢ مدنى) والقانون الاهلى (المادة ٣٤٩ فقرة ٢) فيكفى اذاً للرضاء فى القانون المصرى أن يكون مدوناً فى سند عرفي ثابت التاريخ بالطرق المقررة فى المادة ٢٢٩/٢٩٤ مدنى

٣) « الغير » فى الحوالة وتزاحم الحاجزين

٥٦٨ ـ الاخبار المنصوص عنه بالقانون المختلط (المادة ٤٣٦ فقرة ١) وبالقانون الفرنسى (المادة ١٦٩٠) والذى لم ينص عليه بالقانون الاهلى (المادة ٣٤٩) لم يكن شرطاً لازماً كما قلنا لصحة التحويل فى ذاته انما هو قيد قانونى وضع لحماية الغير، وهو الاجنبى عن كل من المحيل والمدين كما وضع لحماية المدين نفسه. ويراد بالغير هنا من يكتسب حقا على الدين، وهو فى العادة محول اليه ثان خلاف المحول اليه الاول، أو الدائن المرتهن لسند الدين، أو الدائن العادى الذى أوقع حجزاً تحفظيا أو تنفيذيا على الدين تحت يد المدين وفى ذلك تفصيل نوجزه فيما يأتى:

٥٦٩ — ١) المدين المحول عليه: للمدين حق الوفاء بدينه الى الدائن نفسه الى أن يصل اليه الاخبار أو يرضى بالحوالة. ويترتب على ذلك ما يأتى:

١ ـ اذا كان المحول اليه حاملا سنداً تنفيذيا وجب عليه قبل التنفيذ على أملاك المدين اخبار المدين بالتحويل (المادة ٢٢١٤ مدنى فرنسى) ويلاحظ أن هذه المادة الفرنسية خاصة بنزع الملكية. ولكن القضاء الفرنسى جعل حكمها عاما على كل عمل تنفيذى [2]. انما لا يكره على الاخبار اذا أراد المحول اليه القيام باعمال تحفظية [3] قبل المدين المحول عليه

هذا بالنسبة للقانون المختلط والقانون الفرنسى وأما بالنسبة للقانون الاهلى فلا محل لهذا الاخبار كما رأينا

٢ ـ اذا حصل الوفاء قبل الاخبار صح الوفاء وأصبح حجة على المحول اليه

---

(١) كولين وكابتان ج٢ص ١٤٨ (٢) كولين وكابتان ج٢ص ١٤٩
(٣) actesconservatoires

(المادة ١٦٩١ فرنسى) وما على هذا الاخير الا الرجوع على المحيل . هذا فيما يتعلق بالاخبار

وأما اذا حصل قبول أو رضاء من المدين بالتحويل فانه لا يجوز له بعد ذلك الاحتجاج بانه سبق أن وفى به بعضا أوكلا الى المحيل ، بل يصبح على كل حال ملتزما أمام المحول اليه

هذا بشأن القانون المختلط والقانون الفرنسى

٥٧٠ ـ وأما بالنسبة للقانون الاهلى فما دام أن رضاء المدين بالتحويل شرط لازم لصحة التحويل فى ذاته فالوفاء من قبل المدين للدائن وفاء صحيح لأن التحويل يكون باطلا بدون رضاء المدين

أما اذا ذكر رضاء المدين في سند الدين كما يقع كثيراً فى المعاملات الجارية بين الافراد فيعتبر السند قابلا للتحويل ويعتبر أداة للوفاء والتعامل بين الناس [1] فلا يصح الوفاء الا لمن كان حاملا له دائنا كان أو محولا اليه . ويحسن بالمدين أن يطلب إلى الدائن التأشير على سند الدين بالوفاء الجزئى أو الكلى أو بأخذ السند منه في الحالة الأخيرة . فاذا وفى المدين دينه الدائن وأهمل هذا الاحتياط ظل السند حافظا لقوته الاصلية بالنسبة للغير الذى يتحول اليه السند من الدائن ، لأن الغير لا يعلم من أمر الوفاء شيئا حيث لا توجد اشارة ما بالسند بما يفيد الوفاء . وعلى ذلك يجب عليه أن يدفع قيمة السند مرة ثانية الى المحول اليه ولا عبرة بما سبق له دفعه أولا ، ولكن له الرجوع على المحيل . ولا يلزم المحول اليه باخبار المدين بالتحويل لان الاخبار لم يشترطه القانون الاهلى ولأن الاخبار في القانون المختلط والقانون الفرنسى يحل محل الرضاء فى القانون الاهلى بدليل أن حكمه كحكم الرضاء من حيث النتائج القانونية لا من حيث صحة التحويل فى ذاته وعلى ذلك لا يعتبر صحيحا حكم محكمة الاستئناف الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ٩١٢ [2] الذى قرر صحة الوفاء الحاصل بعد التحويل عن سند بقطن قابل للتحويل لان المحول اليه لم يعمل على اخبار المدين واعلانه بالتحويل . والحكم الابتدائى الذى الغاه هذا الحكم هو الصحيح

(١) instrument de crédit (٢) المجموعة سنة ٩١٢ ص ٨٧ رقم ٤٦

٥٧١ — والمبدأ القانونى الذى يجب الرجوع اليه فى حل هذا الاشكال هو المبدأ القائل بان المفرط هو الاولى بالخسارة والمقصود بالمفرط الذى يكون قد أهمل فى قيد أو احتياط قانونى يحتمه القانون . ولذلك عند تعارض مصلحة المحول اليه مع مصلحة المدين تجب المفاصله بينهما من طريق معرفة من هو المقصر منهما ، هل هو المحول اليه أم المدين [1] . أن المحول اليه وجد سنداً خالصا من كل شائبة وقابلا للتحويل ولم يذكر فيه ما يفيد التخالص البعضى أو الكلى فرضى به وهو مطمئن والمدين دفع دينه — قبل التحويل أو بعده بلا تفريق لأن الطرفين لا يختلفان هنا — دون أن يهتم بسحب السند أو على الاقل بالتأشير عليه بما يفيد الوفاء فايهما مقصر فى نظر القانون ؟ القانون لم يقل بالاخبار فلا يلتزم به المحول اليه ولا يعتبر مقصراً اذا لم يقم به . أما المدين ، وقد رضى أن يكون السند عملة بين الناس بان جعله سنداً قابلا للتحويل ينتقل من يد الى يد برضاه مقدما وقبوله المثبوت فى السند فليس له الا أن يلوم نفسه فيما اذا لم يحتط فى القضاء على جسم السند وقت الدفع اما بالحصول عليه واما بالتأشير بما يفيد دفع الدين. ولا يصح أن يغتفر له ترك السند تحت يد الدائن السابق بدون تأشير عليه لأن ذلك يجعله معرضا للتداول بين الايدى وفى ذلك خطر يجب أن يتحمله هو وينجو منه من يتعامل بالتحويل مع الدائن لان هذا حسن النية ولا يمكن أن يعلم شيئا من السند نفسه ولا يحتم عليه القانون تقديم السند للمدين الا وقت طلب الدفع

٣ . — للمدين المحول عليه حق الاحتجاج بالمقاصة عن دين تقرر له عند الدائن قبل الاخبار حتى لو نشأ الدين بعد التحويل (المادة ١٢٩٥ فرنسى فقرة ٢) واما اذا حصل رضاء من المدين بالتحويل فانه لا يجوز له مطلقا التمسك بالمقاصة ولو عن دين سابق على الرضاء (المادة ١٢٩٥ السابقة فقرة ١)

ونص المادة ١٢٩٥ مدنى فرنسى ما يأتى : « اذا رضى المدين رضاء مجردا عن

---

(١) ويلاحظ هنا انه ظاهر من الحكم ان المدين لم يدفع دعوى المحول اليه قبله بان سند الدين بقطن وان الوفاء للدائن كان مشوبا باشكالات تتعلق بالقطن ، بل النزاع كان مقصوراً فقط على شرط إخبار المدين أو عدم شرط اخباره

كل قيد وشرط بتحويل الدين الذى أجراه دائنه للغير فليس له بعد ذلك ، التمسك ضد المحول اليه بالمقاصة التى كان يجوز له التمسك بها قبل الرضاء بالتحويل . — وأما بالنسبة للتحويل الذى لم يحصل فيه رضاء به من قبل المدين ، ولكنه اعلن به ، فان هذا التحويل يحول دون التمسك بالمقاصة عن الديون اللاحقة للاعلان أو الاخبار »

هذا بالنسبة للقانون الفرنسى والحكم واحد فى القانون المختلط حيث قررت المادة ٢٦١ ان قبول المدين بالتحويل يمنعه بعد ذلك من التمسك بالمقاصة ، سواء كان الدين الذى له سابقاً على القبول أو من باب أولى لاحقا عليه . هذا فيما يتعلق بقبول التحويل . وأما فيما يتعلق بالتمسك بالمقاصة قبل الاخبار فهذا جائز فى القانون المختلط لانه نتيجة من نتائج شرط الاخبار

أما فى القانون الاهلى فقد قررت المادة ١٩٧ مدنى بانه اذا رضى المدين بالتحويل عن دين قد زال بالمقاصة فليس له بعد ذلك التمسك بالمقاصة قبل المحول اليه . لان فى قبوله بالتحويل تنازلا منه عن التمسك بالمقاصة

وهذا هو غير ما قررته المادة ١٢٩٥ الفرنسية فقرة أولى . وأما الفقرة الثانية من هذه المادة فلا أثر لها فى القانون المصرى وهى القائلة بان المدين ممنوع من التمسك بالمقاصة عن دين تقرر له بعد الاخبار . ومعنى ذلك أن له حق التمسك بالمقاصة عن دين تقرر له قبل الاخبار وما دام أن لا إخبار بالقانون الاهلى فهل يجوز مع ذلك للمدين الاهلى حق التمسك بالمقاصة عن دين له قبل الدائن قبل التحويل ، أو بعده ؟ الذى نقول به انه لا يجوز له التمسك مطلقا بالمقاصة لا قبل التحويل ولا بعد التحويل لان فى رضاء المدين بالتحويل تجريداً للسند من كل قيد ودفعاً لقيوده فيما بعد . ورضاؤه بالتحويل يقع تحت طائلة المادة ١٩٧ أهلى و٢٦١ مختلط أى لا يجوز له التمسك بالمقاصة مطلقا بعد القبول منه بالتحويل سواء كان قبوله حاصلا وقت انشاء الدين بالسند الاصلى أو بعد إنشائه بنفس السند أو بورقة منفصلة . لان الرضاء بالتحويل ينتج نفس النتائج التى ينتجها الاخبار فى القانونين الفرنسى والمختلط . وفي رضاء المدين الاهلى بالتحويل بأصل السند معني التنازل عن التمسك بالمقاصة فيما بعد سواء وقعت قانوناً قبل التحويل أم بعده انما اذا أراد المدين الانتفاع من المقاصة

الحاصلة قبل التحويل فما عليه الا مقاضاة دائنه ولكن اذا قاضاه ثم حول الدائن السند الى الغير أثناء المقاضاة دون علم من المحول اليه وجب عليه مع ذلك دفع الدين الى هذا الاخير

مما تقدم يمكن أن يرى أن الشدة فى القانون الاهلى أظهر منها فى القانون المختلط والقانون الفرنسى . لاننا علمنا ان الوفاء بعضا أو كلا ، والمقاصة أيضاً ، كل ذلك صحيح قبل الاخبار في القانون المختلط والقانون الفرنسى . وأما فى القانون الاهلى فقد قلنا بانه ما دام الاخبار لم يشترطه القانون وما دام السند قابل للتحويل برضاء المدين مقدما فلا يصح التمسك بالوفاء الجزئى أو الكلى أو بالمقاصة في وجه حامل السند . أليس في ذلك تشدد لا مبرر له ؟ فهل يصح القول بان القانون أراد بشرط رضاء المدين فى صحة التحويل خدمة للمدين الاهلى ؟ أليس هذا الشرط أقسى بكثير من شرط الاخبار ؟ فكيف بالوسيلة المقررة لزيادة حماية المدين تنقلب ضده وتكون أشد أثراً من الاخبار ؟ الرد على ذلك أن المدين برضائه بالتحويل مقدماً قد جعل سند الدين كورقة مصرف مالى أو كورقة نقود يتعامل بها الأفراد من طريق الوفاء الى بعضهم البعض . فهو كسند قابل للتحويل مثل الكمبيالة التجارية أو سند تحت الاذن . وهو فى هذه الحالة يشبه تماما السند الذى يرضى المدين بالتحويل فيه في القانونين الفرنسى والمختلط ، لانه من الثابت انه بعد الرضاء بالتحويل في هذين القانونين يمنع المدين من التمسك بأى وفاء أو مقاصة ولا فرق بين ما اذا كان الرضاء فيهما وقت انشاء الدين و بالسند نفسه أو بورقة أخرى بعد حصول الدين

هذا فيما اذا كان سند الدين سنداً بمبلغ معين منقطع . اما اذا كان سند الدين مبلغا باقيا من ثمن صفقة مثلا ومبينا بعقد البيع ذاته جاز للمدين فى هذه الحالة أن يتمسك قبل المحول اليه بكل طرق الدفاع التى كان له أن يتمسك بها ضد البائع[1] الا اذا تبين من الظروف بان المشترى تنازل أيضا عن التمسك بالدفع ثم رضى بالتحويل

وعلى ذلك تجب التفرقة بين السندين سند بمبلغ قابل للتحويل — منقطع — لارابطة تربطه بأى شىء آخر كشراء أو بيع أو رهن . وسند بمبلغ قابل للتحويل ولكنه

(١) استئناف ٢٥ نوفمبر سنة ٩٠٩ المجموعة سنة ٩١٠ ص ١٩

مرتبط بشراء أو بيع أو غير ذلك . فالاول كالعملة في التداول بين الناس لا يجوز للمدين فيه الاحتجاج بأى شيء . وأما الثانى فلا ، والفرق ظاهر لان المحول اليه فى الحالة الاولى لا يعلم شيئا عما هو مستور فى الخفاء بشأن السند وأما في الحالة الثانية فان السند نفسه بيعا كان أو غيره ينم عما يحتمل أن يقع له فيما بعد من الاشكالات . فالمحول اليه في هذه الحالة الاخيرة مجازف وعليه تبعة عمله وليس له أن يشكو مما يدفع به المدين في وجهه من الدفوع الخاصة بهذا الدين المشخص بالسند من أنه بقى من ثمن قطن أو عقار أو غير ذلك

٥٧٢ — ٢) محول اليه آخر : ومن الغير ما اذا تحول الدين من الدائن الى محول اليه آخر . وهنا يتزاحم محول اليهما اثنان . ولا عبرة بتاريخ التحويل بل العبرة (فى القانون الفرنسى والمختلط) بمن كان أسبق منهما في الاخبار أو في الحصول على رضاء المدين

وأما فى الاهلى فالافضلية بينهما ترجع لمن سارع منهما الى القيام بالاعمال اللازمة فى تحصيل دينه من قبل المدين إما بالاخبار اذا كان السند مشتملا على رضاء سابق وإما بأخذ قبول من المدين (ويلاحظ أن الاخبار أو القبول ليس هنا بالمعنى القانونى الذى أراده الشارع الفرنسى أو المختلط) أى اجراء عمل يرتبط به المدين نحو أحدهما دون الآخر

٥٧٣ — ٣) الدائن المرتهن : اذا تنازع الدائن المرتهن بالحيازة [١] مع محول اليه آخر وجب التفاضل بينهما فيفضل من كان منهما أسرع من الآخر فى احاطة المدين علما بوجود سند الدين تحت يده

٥٧٤ — ٤) الدائن العادى الحاجز : [٢] لكل دائن عادى حق الحجز تحت يد المدين على ما عليه من الدين لدائنه وهو مدين الدائن الحاجز . وذلك على شرط عدم سبق التحويل وشرط عدم اعلان المدين به أو أخذ رضاء منه بالتحويل

(١) créancier gagiste (٢) créancier chirographaire saisissant

لان الحوالة تنقل ملكية الدين فلا يصح من بعدها الحجز [1]

واذا حصل الحجز أولا ثم حصل اعلان الدين بالتحويل فماذا يكون الحكم ؟ هل يكون تأثير الحوالة قاصراً فقط على الباقى من الدين بعد استيفاء حق الدائن الحاجز ؟

سبق لنا أن رأينا أنه كان من المقرر فى القانون الفرنسى القديم أن للحاجز الاول امتيازاً على ما حجز عليه وانه لا يلحقه ضرر ما من اخبار صادر من المحول اليه الى المدين المحجوز تحت يده . وان هذا الاخبار لا يستفيد إلا من الباقى بعد استيفاء الحاجز الاول

٥٧٥ — والحال كذلك فى الوقت الحاضر اذا حصل التخصيص قبل الحوالة اذ يقرر القانون الفرنسى الصادر فى ١٧ يوليو سنة ٩٠٧ (باجراآت خاصة به) والمادة ٤٨٥ مرافعات مختلط بانه يجوز للدائن المحجوز على مبلغ تحت يد مدينه أن يأخذ الباقى بعد استنزال ما يوازى المبلغ المحجوز من أجله وفى هذه الحالة يبقى للحاجز حق امتياز لمبلغه على القدر المحجوز عليه بحيث لا يؤثر عليه أي حجز ما فيما بعد

وكذلك الحال بالنسبة للقانون الاهلى متى حصل التخصيص أيضاً وذلك لان المادة ٤٢٣ مرافعات تطابق المادة ٤٨٥ مرافعات مختلط سواء بسواء .

أما اذا لم يحصل تخصيص فان الحاجز لا يمتاز وبذلك تجوز الحوالة بباقى الدين كما تجوز بكل الدين وذلك لكونه بقياً على ملك المدين ويعتبر الحال بمثابة حاجز ثان فاذا فرض وكان مقدار الدين ١٢٠ جنيها وتوقع حجز من زيد الدائن العادى بمبلغ ٦٠ جنيها ثم جاء بكر المحول اليه بالدين كله وطلب ١٢٠ (وهو يبدأ عادة باندار المدين بالتحويل) فهل لا يستحق الا ٦٠ جنيها وهو الباقى بعد استنزال دين زيد ؟

ان بكراً يعتبر دائناً للمحيل لانه بمجرد حصول التحويل تشتغل ذمة المحيل بقيمة التحويل المحول اليه وهو بكر . واعلانه للمدين بالتحويل يعتبر كالحجز تحت

---

(١) راجع تنفيذ الدكتور ابو هيف بك بند ٥٦٥ و ٥٦٧ ويقول : اذا حصلت حوالة ثم اعقبها حجز واحد أو اكثر فلا شك ولا جدال فى ان الحجز الواحد أو الحجوز المتعددة لا تقع صحيحه الا على ما زاد من بعد قيمة الحوالة . فان كانت الحوالة بالدين كله فهى صحيحة بكل الدين وما يأتى بعدها من الحجوز يكون عادم المحل وان تبقى شيء من الدين بعد الحواله فلا يكون للحجوز تأثير الا على هذا الجزء . — راجع تنفيذ الدكتور عبد الفتاح بك السيد ص ٢٥٠ ن ٣٣١ ؛

يد المدين سواء بسواء ومادام انه لا امتياز الابنص قانونى فلايعتبر زيدالدائن العادى الحاجز الاول مختصا دون غيره بما حجز عليه [1] وعلى ذلك يجب على زيد أن يتقاسم مع بكر المحول اليه المبلغ المحجوز عليه كله كل بقدر نصيبه (٤٣٢ / ٤٩٤ مرافعات) وبما أن دين بكر ضعف دين زيد فيقسم مبلغ الـ ١٢٠ جنيها على ثلاثة أقسام : قسم وقدره ٤٠ جنيها لزيد وقسمان وقدرهما ٨٠ جنيها لبكر المحول اليه

٥٧٦ — ولكن ما القول فيما اذا جاء دائن عادى آخر وهو خالد وأوقع حجزاً بمبلغ ٦٠ جنيهاً بعد المحول اليه (أى بعد الاخبار الصادر من المحول اليه الى المدين أو بعد قبول الحوالة من المحجوز لديه ؟)

انه لا يمكن اعتبار الثلاثة زيد وبكر وخالد في مرتبة واحدة ومستوى واحد : ذلك لان بكراً وخالداً كلاهما يعتبر حاجزاً بالنسبة لزيد ولكن خالداً لا يعتبر بالنسبة لبكر ، وهو المحول اليه ، ذا حق قبله لان حجزه لم يصادف دينا مملوكا لمدينه اذمن شأن التحويل أن يخرج الدين من مال المحيل (وهو مدين خالد) وقد ثبت خروج الدين من مال المحيل بواسطة اخبار المدين به من طريق الاعلان أو طريق أخذ رضائه وثبت ذلك قبل حصول حجز خالد

وهنا تعددت الطرق التى أريد استخدامها فى كيفية توزيع المبلغ المحجوز عليه على الحاجزين [2] وأفضلها الطريقة التى قال بها القانون المصرى بالمادة ٤٣٣ / ٥٩٥ مرافعات والتى قررها فريق عظيم من شارحى القانون الفرنسى . وهذه الطريقة هى ما يأتى كنص المادة المذكورة : « اذا وضع الحجز على مال المدين عند الغير ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له عند المحجوز لديه أو بعضه وأعلنت الحوالة اعلاناً صحيحاً ثم ظهر بعد ذلك مدينون آخرون ووضعوا الحجز فهؤلاء يتحاصون [3] مع الحاجزين السابقين ومع المحتال بشرط أن ينقص من حصة كل من الحاجزين المتأخرين قدر ما يفى بتمام مبلغ الحوالة كل منهم بحسب ما يخصه بالنسبة لدينه [4]

---

(١) الا اذا كان قد سبق له أن أخذ حكما بتأييد الحجز وذلك فى فرنسا اما فى مصر فالحكم بصحة الحجز لا ينتج هذا الاثر على ما تراه اغلبية المحاكم والشراح

(٢) مقال تيسيه Tissier : س ٩٩، ١، ٤٠١ (٣) concourront (٤) راجع الملاحظات على ترجمة هذه المادة فى كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٥٦٨ حيث جاء ان جملة

وعلى ذلك يقسم مبلغ الـ ١٢٠ جنيها على الثلاثة زيدوبكروخالد بالكيفية الآتية وبما أن لبكر ضعف ما لزيد ولخالد فيجب تقسيم المبلغ على أربعة أقسام . لكل من زيد وخالد قسم وقدره ٣٠جنيها ولبكر قسمان وقدرهما ٦٠ جنيها ويجب أن يعامل بكر هنا كأنه متزاحم فقط مع زيد اذ أننا قلنا بأن حجز خالد لم يصادف دينا باقيا في مال مدينه بعد حصول التحويل واعلان المدين أو رضائه به . وقد رأينا أن نصيب بكر هذا عند ما كان مزاحما لزيد فقط هو ٨٠ جنيها فينقصه الآن حينئذ٢٠ جنيها فيأخذها من نصيب خالد فيتبقى لهذا الاخير١٠جنيهات فقط لانه جاء متأخراً .هذا هو تفسير المادة ٤٣٣/٤٩٥ مرافعات

وقد جرى القضاء الفرنسي على انه اذا كان السند قابلا للتحويل [1] سواء كان تجارياً أم مدنياً ، فانه لا حاجة فيه لا الى أخذ رضاء من المدين ولا الى اعلانه ليكون التحويل صحيحاً [2]

وهذه هي حالة التحويل برضاء المدين في القانون الاهلي . لان السند بهذا الرضاء يصبح سنداً عاديا قابلا للتحويل تمشى عليه أحكام القضاء الفرنسي الذى أشرنا اليه [3]

كذلك اذا كان السند لحامله [4] فانه يحول بمجرد تسليمه من يد ليد (المادة ٣٨ / ٤٤ تجارى و٣٥ فرنسى)

٥٧٧ — واذا كان الدين تجارياً ولم يثبت بسند تجارى فيجوز فيه التحويل طبقاً للمادة ٤٣٧ مدنى مختلط وللشروط التي قررتها. ونصها ما يأتى : «في المواد التجارية تحويل الدين الذى لم يكن بسند تجارى يكون معتبراً بالنسبة للغير اذا ثبت اعلان التحويل للمدين أو قبوله بمقتضى دفاتر محررة حسب القانون أو بأوجه الثبوت المقبولة في المواد التجارية » ولم يرد هذا النص مثيل لافى القانون التجارى الاهلى ولا في القانون

« أحال المدين ا-نبياً مالزائد » غير واردة في الاصل الفرنسي الذى اكتفى بقوله « اذا حصلت حوالة » كذلك يلاحظ ان المادة الاهلية فيها خطأ تشريعى حيث ذكرت « إعلان حوالة » مع ان الحوالة لا تكون في القانون الاهلى الا بالرضاء ولا تكون بالاعلان كما في المختلط والفرنسى

(١) endossement (٢) د ، ٧٨ ، ١ ، ٢٤١ ومقال « بودان Beudant » . ـ س ، ٧٨ ، ١ ، ٢٩١ ـ د ، ٩٣ ، ١ ، ٣٠٩ . ـ س ، ٩٤ ، ١ ، ٤٩٥ (٣) جرانمولان في العقود ص ٩٥ ق ٢٥٩ (٤) titre au porteur

التجارى الفرنسى ولكن يجب الأخذ به فى مصر لأنه يقرر قاعدة عامة ترجع للاثبات التجارى بمصر [١]

٥٧٨ — وفى القانون الالمانى يعتبر التحويل صحيحاً بالنسبة للغير وبالنسبة للمدين بمجرد الاتفاق على التحويل ودون حاجة الى أخبار أو رضاء (المادة ٣٩٨ ألمانى) على أن هناك نصوصاً خاصة بالمدين حسن النية فيما اذا دفع الدين للدائن دون أن يعلم بالتحويل (المواد ٤٠٦ ألمانى) ولم يقرر الاخبار في هـذه الحالة الا ايذاناً المدين سيىء النية فيما اذا دفع للمحيل [٢]

وقرر القانون الفرنسى والبلجيكى ضرورة اشهار التحويل في مصلحة الغير

فقرر القانون البلجيكي تسجيل تحويل الديون العقارية وقرر القانون الفرنسى الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ضرورة تسجيل كل حكم أو عقد خاص بالتخلص من دين أو تحويله اذا بلغت قيمته ايجار ثلاث سنوات مقدماً حتى يكون ذلك حجة على مشترى العقار والدائنين المرتهنين

٥٧٩ — وقرر القانون المصرى بالمادة ٣ ٦ / ٧٤٠ مدنى تسجيل سندات الاجرة المعجلة اذا زادت عن ثلاث سنوات . ويجب الاخذ فى هذه الحالة بطريق المشابهة مع القانون الفرنسى فى ضرورة تسجيل تحويل هذه السندات أيضا اذا زادت قيمة الايجار المبين بها عن ثلاث سنوات [٣] هذا ولم يشر قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ٩٠٣ رقم ١٨ و ١٩ الى تسجيل تحويل الايجار اذ زادت قيمته عن ثلاث سنوات مقدماً

فى آثار التحويل

٥٨٠ — يترتب على التحويل من الآثار ما يأتى .

١) للمحول اليه مطالبة المدين بجميع الدين لا بما دفعه للمحيل فى الحقيقة . وهذا يخالف ما سبق ان قررناه بشأن الحلول

(١) جرانمولان فى العقود ص ٩٢ ن ٢٥٢ الهامش ٦ — كولين وكابيتان ج ٢ ص ١٥٢

(٢) جرانمولان فى العقود ص ٩٣ ن ٢٥٥ . (٣) جرانمولان فى العقود ص ٩٣–٩٤ ن ٢٥٦

٢) يستفيد المحول اليه من جميع التأمينات الضامنة للدين (المادة ١٦٩٢ فرنسى) ويجب الاخذ بذلك فى القانون المصرى لاننا قررنا بان هناك فرقا بين التحويل والاستبدال اذ بالاستبدال يزول الدين القديم مع تأميناته (الا اذا اتفق على خلاف ذلك) وأما التحويل فهو بيع يشمل الشيء المبيع وما حقه من التأمينات. واذا كان السند المحول سند تنفيذ جاز للمحول اليه التنفيذ مباشرة على املاك المدين

٣) يجوز للمدين الاحتجاج على المحول اليه بما كان يحتج به على المحيل فيما اذا أدعى بحصول غش أو اكراه [١] وفي هذه الحالة يختلف التحويل عن الاحالة [٢]

٤) على المحيل أن يضمن المحول اليه وذلك فيما يتعلق بأصل الدين ووجوده لا فيما يتعلق بيسر المدين (المادة ٣٥١ / ٤٣٩ مدنى و١٦٩٣ فرنسى) وهذا مطابق فى الغالب لغرض المتعاقدين وقت التعاقد لان المحيل يرمى فى التحويل غالباً الى أن يفلت من احتمال عدم قبض دينه [٣] ويرمى المحول اليه الى الحصول على الدين برمته ولذا يعتبر المحول اليه مضاربا . ويجب على المحيل أن يضمن أيضاً وجود التأمينات فى ذاتها لا كفايتها أو يسر الكفيل فاذا أعسر الكفيل فلا يرجع المحول اليه على المحيل [٤] وعلى كل حال لا يرجع المحول اليه إلا بقدر ما دفع (المادة ٣٥١ / ٤٣٩ مدنى)

ولكن هناك أحوالا يثقل فيه حمل الضمان على المحيل اذ يضمن فيها المحيل يسر المدين . ويحصل ذلك فى حالة القسمة أخذاً بالقاعدة القائلة بان المساواة قوام القسمة [٥] (المادة ٨٨٦ مدنى فرنسى) وذلك لان القسمة ليست من أعمال المضاربة

ويحصل الرجوع على المحيل فيما اذا لم يوجد الدين أصلا أو وجد ثم انقضى وزال . ويرد المحيل ما أخذه مع التعويض ان كان له محل ويشمل التعويض ما فات المحول اليه من الكسب [٦] وهو الفرق بين ما دفعه وقيمة الدين الاصلية ويجوز أن يضمن المحيل يسر المدين فى الحال والمستقبل على شرط النص بذلك فى التحويل

(١) د . ٩٠٤ ، ١ ، ٢٨٠ ـ س ، ٩٠٧ ، ١ ، ٤٤٣ (٢) délégation
(٣) aléa du recouvrement (٤) د ، ٩٧ ، ٢ ، ٤٤٩ ـ س ٩٨ ، ٢ ، ١٣١
(٥) l'égalité est l'âme du partage (٦) lucrum cessans

هذا ولا يقبل رجوع المحول اليه الا بعد تجريد المدين [١]

في تحويل المزاعم

أو الحقوق المتنازع فيها

٥٨١ — يجوز تحويل المزاعم أى الحقوق المتنازع فيها [٢] أو تحويل مجرد الحقوق المتنازع فيها [٣] وفي هذه الحالة لا يضمن المحيل لا وجود الدين فى الاصل ولا وجود الحق (المادة ٣٥٣/٤٤١ مدنى) ولم يرد لهذا النص المصرى مقابل فى القانون الفرنسى ولكن القضاء الفرنسى أقره [٤]

ويقال للحق مزعوم اذا نص عليه فى عقد الحوالة أو قام بشأنه نزاع أمام القضاء . وفى هذه الحالة يجوز للمدين اكراه المحول اليه على قبول المبلغ الذى دفعه ثمناً لصفقة التحويل وفوائدها القانونية والمصاريف التى يكون قد تحملها المحول اليه وهذا ما يسمى استرداد الحق المتنازع فيه [٥] (المادة ٣٥٤/٤٤٢ مدنى) اللهم الا اذا تنازل المدين عن هذا الحق صراحة أو ضمناً

انما يحرم المدين من هذا الحق فى ثلاث أحوال

١) اذا كان البيع حاصلا لأحد الشركاء في الحق المتنازع فيه سواء كانت الشركة فى تركة أم فى غير تركة : — ٢) اذا كان البيع حاصلا من مدين الى دائنه وفاء للدين . — ٣) اذا كان الغرض من عقد التحويل منع حصول دعوى [٦]

التخارج

٥٨٢ — يجوز بيع الاستحقاق في التركة ويشمل هذا البيع ما للتركة من الديون والفوائد المقبوضة والمصاريف والديون المدفوعة من وقت افتتاح التركة ما لم يكن هناك شرط يخالف ذلك (المادة ٣٥٠/٤٣٨ مدنى) [٧] ويسمى البيع

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٥٤ (٢) prétentions à une créance (٣) prétentions à un droit incorporel (٤) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٥٤ (٥) retrait litigieux

(٦) راجع فى كل ذلك المادة ٣٥٥ / ٤٤٣ مدنى . - شرح القانون المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٢٦٢ - ٢٦٣ . - جرانمولان فى العقود ص ١٠٤ - ١٠٦ ن ٢٩٢ - ٢٩٩ (٧) جرانمولين فى العقود ص ١٠٢ - ١٠٤ ن ٢٨٤ - ٢٩١

بالتخارج أى بيع الوارث نصيبه فى التركة جزافا [1] ويضمن البائع صفته فى الوراثة ووجود التركة بالذات

في الفرق بين المادة ٣٤٩ / ٤٣٦ والمادة ١٦٠ / ٢٢٤ مدني

٥٨٣ — رأينا فى الوفاء أن المادة ١٦٠ / ٢٢٤ مدنى تجيز لغير المدين الوفاء بدين هذا الاخير بالرغم منه . وللدافع أن يرجع بما دفعه على المدين ورأينا الآن أن تحويل الدين من الدائن ، أى قبض الدين من جانب الغير ، غير جائز الا برضاء المدين (المادة ٣٤٩ / ٤٣٦ مدنى) فالمادة ١٦٠ / ٢٢٤ تجيز الوفاء من الغير برغم ارادة المدين والمادة ٣٤٩ / ٤٣٦ لا تبيح الوفاء من الغير بغير ارادة المدين . فالتناقض ظاهر بين النصين

ولكن فى الحقيقة لا تناقض لان لكل نص مجالا يعمل فيه لا يتعداه اذ الوفاء فى المادة ٣٤٩ / ٤٣٦ من طريق التحويل يرمى به المحول اليه الى الكسب والمضاربة بما دفعه جزءاً من الدين أملا في أن يتقاضى كل الدين فيخرج بالفرق بين مادفعه حقيقة وما سيأخذه من المدين [2] أما الوفاء في المادة ١٦٠ / ٢٢٤ فلا يرمى فيه الغير الى كسب أو غنم يصيبه من هذا العمل ، انما هو يؤدي الى خدمة لصاحبه سواء كان المدين أم الدائن

ولكن ان صحت هذه التفرقة من الوجهة النظرية فان الاخذ بها عملياً محفوف بالمصاعب . نعم ولو أن ظروف الدعوى تنم عن آثار المضاربة ان كان الغرض مضاربة الا أن الظروف تدق دائما الى حد يتعذر الوقوف فيه على حقيقة الامر . ويظهر أن كلمة تحويل التى ترد بذيل السند أو بظهره للاجازة للدافع بتحصيل الدين من المدين جعلت القضاء يميل عمليا الى اعتبار الوفاء من الغير مضاربة لا خدمة لصاحبه

في تحويل الدين من جهة المدين

٥٨٤ — ما قلناه خاص بتحويل الحق أى حق الدائنية من جهة الدائن وهو

---

(١) شرح القانون المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٢٦٣ (٢) حكم ابتدائى ١٦ مارس سنة ٩١٩ المجموعة سنة ٩١٩ ص ١٣٨ . — مجموعة عياشى ص ٢٥٢ ن ١١٦٧

ما يسمى بالتحويل من الجهة الايجابية[١] . وهناك تحويل آخر يسمى بتحويل الدين من جهة المدين ويسمى بالتحويل من الجهة السلبية[٢] . هذا النوع من التحويل ظل مجهولا زمنا طويلا اذ لشخصية المدين أثر ظاهر في ربط التزامه بالدائن. وان صح هذا الاثر في اعتبار شخصية الدين في بعض الالتزامات الخاصة باجراء عمل معين يلزم به المدين بالذات ، فانه لا يقوم لشخصية المدين أثر ما فيما عدا هذه الالتزامات الخاصة باجراء عمل ، لان المعول عليه في الالتزام هو الوفاء به نفسه بصرف النظر عن المدين شخصيا سواء كان الذي يفي بالتزام زيد أم بكر مادام الوفاء واحدا في الاثنين . على أن هناك بعض أحوال تظهر في مجال العمل ويرى فيها المدين مصلحة ظاهرة له في أن يحل محله مدين آخر يقوم بالوفاء بالنيابة عنه وبذا يخرج هو عن دائرة الالتزام ويتحرر منه قطعياً : يحصل ذلك في حالة التنازل لآخر عن محل تجاري[٣] أو التنازل لآخر عن عقار مرهون . ففي الحالة الاولى يتناول التنازل الديون برمتها أي كل ما على المحل التجاري من الديون . وفي الحالة الثانية يحصل التنازل بشكل خاص عن الدين باعتبار أن الرهن الواقع على العقار تابع لهذا الدين . اذ مما يضر بالمدين أن يظل بعد التنازل عن العقار ، أي بعد بيعه ، ملزما بالدين ، مع أن العقار الضامن للدين أصبح في يد المشتري. أليس الافضل في هذه الحالة أن يتحمل مشتري العقار عبء القيام بالوفاء بالدين الى الدائن باعتباره كفيلا شخصيا عن دين مضمون بعقار ؟

أن تحويل الدين هذا من قبل المدين قد أخذ به القانون الالماني (المواد ٤١٤ — ٤١٩ مدني) ورتب له قواعد وأحكاماً [٤] ويحصل التحويل [٥] بعقد بين المحيل والمحول اليه. ولاجل ان يكون لهذا العقد أثر قبل الدائن يجب أخذ رضائه به [٦] . ويحصل هذا الرضاء إما مقدما قبل العقد وعند التحويل وأما بواسطة اخبار الدائن[٧] بمعرفة المحيل وهو المدين ومن شأن هذا الرضاء أن يكون له أثر رجعي يبتدىء من وقت التحويل . وعلى الاخص فانه في حالة تحويل الدين الخاص بعقار مرهون فان رفض الدائن بالرضاء لا يؤخذ به الا في مدة معينة . ذلك لان القانون يفترض رضاء

---

(١) cession de créance (٢) cession de dette (٣) fonds de commerce
(٤) تحت اسم reprise de dette (٥) cession (٦) adhésion (٧) notification

الدائن وقبوله بالتحويل [١] باعتبار أنه يتساوى امامه من يقوم بالوفاء سواء كان المدين الاصلي أم من يحل محله

ومن المميزات الخاصة لتحويل الدين من جهة المدين فى القانون الالمانى انه لا لا يمس الدين المحول به فى شيء ما أي أن الدين الذى كان المدين الاصلى ملزما به هو بعينه الدين الذى يلتزم به من حل محله . و يترتب على ذلك ما يأتى : ١) يجوز للمحول اليه أن يتمسك في وجه الدائن بجميع الدفوع ووسائل الدفاع التى كان يدفع بها نفس المحيل . — ٢) تبقى التأمينات الضامنة للدين قائمة ضد المحيل. هذا هوالاصل .ولكن هناك تفصيلات أخرى مقيدة لبقاء هذه التأمينات لا محل لذكرها هنا

هذا ولا يوجد بالقانون الفرنسى ما يحكى هذا التحويل أي تحويل الدين من جهة المدين من طريق بيع المدين لحقه للغير كما فى حالة بيع المدين لعقاره المرهون . وكذلك لا يوجد فى القانون المصرى ما يشابه المبدأ القانونى الالمانى . انما المعروف فى فرنسا وهنا هو الاستبدال [٢] بتغيير المدين [٣] ولكن هناك فروق عظيمة بين الاستبدال هذا مصرياً كان أو فرنسيا ، وتحويل الدين الالمانى . نعم ولو أن في الاستبدال يأتى مدين جديد ويحل محل المدين القديم ولكن الأثر فى الاستبدال لا يظهر الا وقت حصوله أى وقت رضاء الثلاثة معا وهو الدائن والمدين القديم والمدين الجديد. وفوق ذلك فان فى الاستبدال يزول الدين القديم ويحل محله دين جديد أى أن الدائن يفقد التأمينات التى كانت ضامنة لدينه القديم . هذا ولا يجوز فى الاستبدال للمدين الجديد أن يدفع فى وجه الدائن بالدفوع التى كانت خاصة بالمدين القديم [٤]

---

(١) ratification (٢) novation (٣) expromissio (٤) كابتان ص ١٠٠

فى الالتزامات المركبة

٥٨٥ — القسم الاول الذي مر الكلام عليه خاص بالالتزامات البسيطة [١] وأما هذا القسم فهو خاص بالالتزامات المركبة[٢] أى الالتزامات التى يحفها شرط أو أجل أو يتعدد فيها طرفاها [٣] أو يتعدد فيها محلها [٤]

وسنتكلم هنا على كل صورة من هذه الصور المختلفة للالتزامات المركبة

الشرط

١) فى أركان الشرط ومقارنته بالاجل

٥٨٦ — لكلمة الشرط [٥] جملة معان : إما أن تفيد الاركان اللازمة لانعقاد العقد كالرضاء والاهلية الخ (المادة ١١٠٨ فرنسى) وإما أن تفيد التكاليف[٦] ولكن المعني الاصلى للشرط وهو المعنى القانونى باعتباره مؤديا لغرض قانونى خاص هو « الشرط عبارة عن حمل رابطة قانونية مامعلقة وجوداً أو عدما على تحقيق حادث مستقبل غير محقق »[٧] وعلى ذلك يعتبر العمل القانونى المعلق على شرط[٨] عملا غير محقق النتيجة طالما أنه لا يعلم ما اذا كان الحادث الذى يرجع اليه العمل القانونى فى وجوده وفي عدمه سيقع أو لا يقع

ولذا يجب فى الحادث موضوع الشرط أن يكون فى آن واحد مستقبلا وغير محقق . قالت المادة ١٠٣ / ١٥٧ مدنى و ١١٦٨ فرنسى : « يجوز أن يكون التعهد معلقا على أمر مستقبل أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدمه وجود ذلك التعهد أو تأييده أو منع وجوده أو زواله » و يلاحظ على هذه المادة انها ذكرت عبارة « أمر مستقبل أو غير محقق » بدلا من أن تذكر « أمر مستقبل وغير محقق» وهذا خطأ فى النسخة العربية والنسخة الفرنسية أيضا [٩] والسبب فى ذلك أن القانون المختلط وقع فيه أولا ولم يقع فيه الشارع الفرنسى [١٠]

---

(١) obligations simples (٢) obligations complexes (٣) sujets
(٤) objets (٥) condition (٦) charges (٧) événement futur et incertain
(٨) acte juridique conditionnel (٩) شرح المدنى لفتحى باشا زغلول
ص ١٤٩ (١٠) هذا وقد تدق احياناً التفرقة بين الشرط والاجل . وفى هذه الحالة يجب

٥٨٧ ــ قلنا ان الحادث موضوع الشرط يجب أن يكون مستقبلا وغير محقق ، فاذا لم يكن كذلك وجب أن لا يعتبر شرطاً كما فى الاحوال الآتية :

١) اذا تعلق الشرط بأمر وقع بالفعل دون أن يعلم العاقدان بسبق وقوعه . فى هذه الحالة لا يعتبر أن هناك شرطاً لان عدم تحقق الشرط لم يخرج عن اعتقاد العاقدين أو ظنهما . اذ الحقيقة ان الشرط تحقق من قبل [1] مثلا بعتك هذا المنقول اذا نجح ابنك فى امتحان البارحة وكنا نجهل معاً نتيجة امتحان البارحة فاذا فرض وهلك المنقول ونجح ابنك فى الامتحان فضمان الهلاك على المشتري (المادة ١١٣٨ فرنسى و ٢٧١ / ٣٤٢ مدنى) [2]

وعلى العكس من ذلك فيما اذا اعتبرنا العقد معلقا على شرط فان ضمان الهلاك على عاتق البائع المدين المنقول (المادة ١١٨٢ مدنى فرنسى)

٢) كذلك لا يعتبر الامر شرطا اذا كان الحادث هو حقيقة مستقبلة الا أن أمر وقوعه محقق ولا محالة ان لم يكن اليوم فغداً . وفى هذه الحالة يعتبر الامر محقق الوقوع كما اذا وعدتك بان أعطيك مبلغ ١٠٠ جنيه اذا مات فلان . وغرض العاقدين ينصرف فى هذه الحالة الى تأجيل الدفع وربطه بوقت الوفاة ذلك الوقت الذى لابد من وقوعه . هــذا الشرط لا يعتبر شرطا بالمعنى القانونى انما يعتبر أجلا [3] (المادة ١٠٤ / ١٥٨ مدنى)

الرجوع الى الغرض الذى يقصــده العاقدان . فاذا دلت عبـارة العقد على ان الالتزام معقود بزمن يجرى فيه المدين عملا كان ذلك اجلا ، والا اعتبر شرطاً : مثلا اذا قام مهندس بعمل رسم منزل لشخص وقبض منه جزأ من الثمن والباقى يدفع له عند بناء المنزل وباع صاحب الارض ارضه دون بناء اعتبر تعهد صاحب الارض هذا تعهداً أجلياً لا شرطياً : استئناف م ١٥ نوفمبر سنة ٩٢٣ م ت ق ، ٣٦ ، ٢٩ . وان وقت التفرقة بين الشرط والاجل فانها تدق اكثر اذا كان الشرط ارادياً كما فى الحالة السابقة . ويجب فى ذلك كله ايضاً الرجوع الى طبيعة العقد ونية العاقدين . وضرورة مراعاة ان الشرط يرجع لحادث غير محقق . واما الاجل فهو يرجع لحادث محقق حتما ، ولكن ربما لا يعرف متى يقع . ولذا يجوز للدائن انذار مدينه بالقيام بالعمل المذكور المعلق عليه حق المطالبة بالدين أو ان يطلب الى القاضي تعيين المدة التى يجب فيها ان يتم العمل : ٧ نوفمبر سنة ٩٢٣ ٣٦ . ١٤

(١) المادة ١٠٤/١٥٨ . ـ دى هلس ج ١ ص ٤٢٥ (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٥٨

(٣) terme

٥٨٨ — وهناك من الروابط القانونية ما لا يمكن تحققه مطلقا الا بتوافر شرط لابد منه كالوصية فانها لا تعتبر صحيحة الا اذا ظل الموصى اليه حياً بعد وفاة الموصى . فى هذه الحالة لا يعتبر العقد أيضا معلقا على شرط بالمعنى القانونى لان الشرط الموجود بالوصية وهو شرط حياة الموصى اليه بعد الموصى شرط لا يغير من النتائج القانونية للوصية في شيء ما اذ هو تحصيل حاصل .

٥٨٩ — وعلى العكس من ذلك توجد أعمال قانونية تتنافر فى طبيعتها مع الشرط مثل الاعمال القانونية المتعلقة بشؤن الاسرة وعلى الاخص الاحوال الشخصية للانسان كالزواج والاقرار بالابوة وغير ذلك

واذا استحال تنفيذ العقد قبل تحقق الشرط فلا قيمة للحادث المعلق عليه الشرط (المادة ١٠٦ / ١٦٠ مدنى) [١]

٢) فى أقسام الشرط

٥٩٠ — للشرط أقسام عدة :

١ — فى الشرط التوقيفى والشرط الفاسخ

٥٩١ — يجوز للافصاح عن الارادة المعلق على شرط أن ينشىء التزاماً أو يزيد التزاماً . فاذا أمنت على عقارى فى شركة التأمين على أن تدفع لى الشركة تعويضا فيما اذا تلف العقار فى حريق أو غيره فلا يتحقق الالتزام بالتعويض الا بتحقق الحادث . فى هذه الحالة يقال للشرط ، وهو الحادث ، شرط توقيفى [٢] لان وجود الالتزام متوقف على وقوع الحادث

وقد يستخدم الشرط أيضا لانقضاء التزام وازالته [٣] كما اذا بعتك عقارى واشترطت انه اذا رددت لك الثمن استرد العقار ويبطل البيع . فالشرط هنا شرط

(١) واذا قرر المجلس الحسبي رفع الحجز عن شخص بشرط ان يقف املاكه فالشرط صحيح ويبقى الحجز حتى يتحقق الشرط (المادة ٢٦ من قانون العدل والانصاف) . استئناف ٢٠ ديسمبر سنة ٩٢١ م ر ١ ، ٢٤ ص ٦ عدد ٤١

(٢) condition suspensive

(٣) extinction

فاسخ [١] لان العقد تمّ في الحال أى أن الالتزام وقع فعلا ولكنه مهدد بالزوال فيما بعد اذا تحقق الشرط وهو رد الثمن والمصاريف الى المشترى

٥٩٢ — واذا دققنا النظر فى الشرط الفاسخ وحللناه تحليلا دقيقاً رأينا أنه لم يخرج عن كونه صورة من الشرط التوقيفى . ذلك لان الشرط الفاسخ انما يوقف اقتضاء الالتزام الى حين تحقق الشرط (شرط رد الثمن) أى أن العقد المعلق على شرط فاسخ هو عقد بسيط قابل للفسخ بشرط [٢] على أنه مهما وقع من الشبه بين الشرطين التوقيفى والفاسخ فانه لا بد على كل حال من ضرورة التفرقة بينهما لما فى ذلك من الفوائد الظاهرة اذ لكل شرط منهما نتائج خاصة به تختلف عن نتائج الآخر لان الشرط التوقيفى يوقف تولد الالتزام بخلاف الشرط الفاسخ فانه يوقف اقتضاء الالتزام ، أى أن الالتزام في الاول لا يولد فى الحال بل يولد فى المستقبل ، والالتزام فى الثانى ولد فعلاً ولكنه مهدد فيما بعد بالزوال

هذا مع ملاحظة أن الشرط ، من حيث هو ، واحد فى الاثنين فيجب أن تكون أحكامه واحدة فيهما

٢ — فى الشرط الارادى والاحتمالى والمختلط

٥٩٣ — يجوز أن يكون الامر فى تحقق الشرط معقوداً بفعل الطبيعة أو بارادة أجنبى عن العقد أو بارادة المدين وعلى ذلك فالشرط اما احتمالى واما ارادى واما مختلط

ويعتبر الشرط احتمالياً [٣] اذا كان قد ترتب تحققه على الصدفة وهى أمر خارج عن ارادة العاقدين الدائن والمدين (المادة ١١٦٩ مدنى فرنسى)

والشرط الارادى [٤] هو ما استند تحقق الامر فيه الى حادث يمكن تحققه بارادة الدائن أو ارادة المدين أو لا يمكن تحققه بارادتهما أيضاً

والشرط المختلط [٥] هو ما اتصل تحقق الامر فيه بارادة صاحب العقد وارادة

---

(١) condition résolutoire (٢) résoluble sous condition (٣) condition casuelle (٤) condition potestative (٥) condition mixte

الغير معاً (المادة ١١٧١ مدنى فرنسى) مثلا بعتك عقارى اذا تزوجت أنت بالمرأة الفلانية

والشرط الارادى على نوعين : الشرط الارادى البسيط [1] وهو لا يتعلق فقط بمجرد الافصاح عن ارادة صاحب الشأن ولكنه يتعلق أيضاً بقيامه باجراء عمل خارجى . مثلا : اذا تزوجت ، أو اذا سكنت القاهرة ، أو اذا أجرت بيتك . **والشرط الارادى المحض** [2] وهو ما اتصل الامر فيه بمحض رغبة صاحب الشأن وارادته البحتة وهو ينحصر فى القول **اذا أردت** [3] أو اذا استحسنت . والشرط الارادى البسيط من جانب من يلتزم لا يحول دون تكوين الرابطة القانونية ، أى أن الالتزام يقع صحيحاً اذا تعلق بشرط ارادي بسيط من جانب المدين أى يصح الالتزام اذا تعلق من بعض وجوهه بارادة المدين ثم تعلق ايضاً بظروف لا يستطيع الحكم عليها . مثلا أتفق معك على انى اذا عزمت على بيع منزلى فانى أبدأ بعرض البيع عليك أولا قبل ان أعرضه على أى واحد آخر . نعم ولو أن الالتزام هنا يرجع الى محض رغبتى الا أنه متصل بظروف أقدرها أنا لمعرفة ما اذا كانت سانحة للبيع أم لا

وأما الشرط الارادى المحض والذى يرجع فيه الى مجرد رغبة صاحب الشأن دون أن يكون مقيداً بقيد ما فانه يمنع كل رابطة قانونية . اذا كيف ينشأ رباط قانونى بين اثنين يقول أحدهما للآخر بعتك البيت اذا أردت أو استحسنت ذلك . وعلى ذلك يعتبر الالتزام باطلا اذا تعلق على شرط ارادى محض من جانب الملتزم (المادة ١١٧٤ مدنى فرنسى)

٥٩٤ — ومع القول بعدم صحة الالتزام اذا تعلق بشرط ارادى محض فانه يجب مع ذلك مراعاة القاعدتين الآتيتين

أولا) يصح الالتزام مع الشرط الارادى المحض اذا لم يتعلق هذا الشرط بارادة المدين بل تعلق بارادة الدائن . مثلا أتعهد بان أبيع لك بيتى فى أول العام

(١) condition simplement potestative

(٢) condition purement potestative

(٣) si je veux أو si voluero

القادم اذا أردت أنت ذلك . ففى هذه الحالة يلتزم المدين التزاما جديا صحيحاً لا يستطيع الافلات منه

ثانياً) لا يبطل الالتزام المشفوع بالشرط الارادى المحض من جانب المدين اذا كان الشرط فاسخا . اذ فى هذه الحالة يعتبر العقد بسيطا . مثلا فى البيع الوفائى اذا اشترط البائع استرداده للعقار المبيع بعد رده للثمن الذى أخذه فى ظرف مدة لا تتجاوز خمس سنوات اذ ينعقد العقد فى الحال ويحدث نتائجه القانونية المرجوة منه انما يظل مهدداً بمحض رغبة المشترى (المدين)

٣ — فى الشرط الموجب والشرط السالب

٥٩٥ — الشرط الموجب[1] هو ما تعلق فيه انشاء الالتزام على وقوع حادث معين. مثلا أبيعك أرضى اذا فتحت ترعة عمومية بجوارها . والشرط السالب[2] هو ما تعلق فيه تقرير الالتزام على عدم تحقق حادث . ابيعك بيتى اذا لم يشتره مني زيد أو اذا لم تنزع ملكيته للمنافع العامة

٤ — فى الشرط غير المستحيل والشرط المخالف
للآداب والشرط غير المشروع

٥٩٦ — إن من شأن الشرط غير الممكن والمخالف للآداب وغير المشروع أن يبطل العقد . ذلك لان من يعلق عملا قانونياً على تحقق شرط من هذه الشروط لا يريد فى الحقيقة هذا العقد ما دام ان الافصاح عن ارادته يستحيل معه تقرير أى نتيجة ما . والامر في ذلك واضح بشأن الشرط المستحيل . أما عن الشرط المخالف للاخلاق والشرط غير المشروع فان كلا منهما مخالف لنص المادة ٢٨ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية (والمادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى) إذ يترتب على هذه المخالفة بطلان العقد لان الافصاح عن الارادة بما يخالف النظام العام والعوائد الحسنة يعتبر باطلا من تلقاء نفسه

(١) condition positive ou affirmative

(٢) condition négative

ولقد قرر الرومان قاعدة أخذ بها القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ ذلك أن الرومان قالوا بانه اذا تعلق العقد الحاصل بعوض أو بمقابل على شرط من هذه الشروط الثلاثة لا يصح العقد (المادة ١١٧٢ مدنى فرنسى) أما اذا كان العقد عقد تبرع فيصح التبرع ويبطل الشرط . أو يعتبر الشرط كأنه لم يرد بالعقد (المادة ٩٠٠ مدنى فرنسى)

٥٩٧ — وفى القانون المصرى يجب الاخذ بهاتين القاعدتين أيضاً . فمن العقد بمقابل أو بعوض فلأنه مما يخالف النظام العام أن يكره الموهوب اليه على اجراء عمل مخالف للمادة ٢٨ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية . وأما عن عقد التبرع فانه مما يخالف النظام العام أن يكره الموهوب له على القيام بعمل مخالف للقانون أملا فى تحقيق الهبة بالنسبة له [١]

٥٩٨ — والآن نتكلم عن هذه الشروط الثلاثة : المستحيلة وغير الادبية وغير المشروعة : —

١) **فى الشرط المستحيل** : الشرط المستحيل هو ما يتعلق بحادث لا يمكن تحققه لكونه مخالفاً لنواميس الطبيعة أو لأصول القانون . ففى الحالة الاولى تعتبر الاستحالة مادية أو طبيعية ومثل هذا الشرط لا يحدث فى مجال الحياة القانونيه . فاذا حدث دل اشتراطه على خبل عند من اشترطه وعدم سلامة العقل عنده كشرط رسم زاوية بلا ضلعين أو رسم مثلث بلا زوايا . ومن شأن هذا الشرط ابطال العقد سواء كان بعوض أو عقد تبرع[٢] والشرط المستحيل قانوناً هو ما انصرف الى تقرير رابطة قانونية (أى التزام) تأبى اقرارها الاصول العامة للقانون كما اذا ملكتك عقاراً على شرط ألا تتصرف فيه الى الابد [٣]

وأما اذا تعلق العقد على شرط عدم القيام بعمل مستحيل فان مثل هذا الشرط جائز لانه لا يعتبر مستحيلا (المادة ١١٧٣ مدنى فرنسى) ولانه لا ينتج نتيجة ما . مثلا أبيعك بيتى اذا لم تصعد الى الجو بلا طيارة أو أعطيك ١٠٠ جنيه اذا فككت الوصاية عن ابنك قبل سن ١٨

(١) دي هلس ج ١ ص ٤٤١ ن ٥٩ و ٦٠ (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٦١ (٣) د ، ٩٤ ، ١ ، ١٢٨ . — س ٩٥ ، ١ ، ٢٧٩

٢) الشرط غير المشروع : هـذا الشرط غير مستحيل وقوعه ولكنه مخالف للقانون كما اذا تعهدت أن أبيعك بيتى اذا بعت بيتك مرتين .والشرط غير المشروع هو شرط ارادى لانه يرجع لارادة المشروط ضده. أما الشروط الاحتمالية فانها لا تعتبر غير مشروعة لان تحقق الحادث أو عدم تحققه لا يرجع الى ارادة العاقدين

وما هى الاعمال غير المشروعة التى يحظرها القانون ويراها مخالفة له ؟ ان مجالات العمل مشحونة بامثال هذه الاعمال وليس من السهل تقرير قاعدة عامة يصح الاعتماد عليها وحدة لقياس بوجه عام . انما يمكن بيان الفكرة الاساسية التى يجب الرجوع اليها فى التعرف على الشروط غير المشروعة

فمن النصوص القانونية التى لا يجوز مخالفتها القوانين الآمرة التى سبق لنا أن تكلمنا عنها . فاذا اتفق العاقدان على شرط حظره القانون بنص آمر أصبح الشرط غير مشروع وبطل معه العقد . مثلا أبيعك بيتى اذا بعت بيتك مرتين . ويحصل أن يقع الشرط غير مشروع ولو انه مخالف لنص قانونى . مثلا : أبيعك بيتى اذا لم تتزوج . ففى هذه الحالة لا يصح الالتزام ولو انه تعلق بشرط غير مخالف لنص قانونى . فما هو اذن السبب فى بطلان هذا النوع من الالتزام ؟ السبب فى ذلك هو انه توجد حقوق جوهرية [١] وضرورية للافراد فى المجالات الحيوية ولا يستطيعون العمل فى الحياة بدونها ولذا يجب عدم المساس بها وهى فى أيدى أصحابها كالحقوق السياسية [٢] والحقوق العامة [٣] التى تضمن للفرد التمتع بحريته الشخصية ، وكبعض الحقوق الخاصة [٤] كالحقوق الخاصة بالاحوال الشخصية وحق تصرف الفرد فى ملكه . وعلى ذلك لا يجوز للغير أن ينص بالاتفاق على شرط من شأنه غل يد صاحب هذه الحقوق على اختلاف أنواعها . فاذا ورد مثل هذا الشرط وعطل لدى الفرد مزية التمتع بمثل هذا الحق اعتبر الشرط غير مشروع ما دام انه يرمى الى حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه المقرر له من قبل

---

(١) droits essentiels
(٢) droits politiques
(٣) droits publics
(٤) droits privés

ولمعرفة ما اذا كان الشرط غير مشروع أو مشروعاً يجب الرجوع فى كل حالة الى ما اكتنفها من الظروف . وفى ذلك ما فيه من صعوبة التقدير ودقة البحث فيما اذا كان الشرط قد مس حقاً ثابتا [1] للفرد أو أنه على العكس من ذلك قد ترك له مجال العمل بحقه فسيحا والانتفاع به حرا . والامر فى ذلك كله يرجع للقاضى وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة على حدة ومركز كل من العاقدين فى العقد والغرض الذى انصرف اليه كل منهما وقت انعقاد العقد

٣) **الشرط المخالف للآداب** : هو ما دعا أحد العاقدين الى اجراء عمل مخالف للاخلاق الحسنة أو الآداب العامة وهو باطل ومن شأنه بطلان العقد أيضا

٣) فى آثار الشرط

١ — متى يعتبر الشرط قد تحقق ؟

٥٩٩ — تحقق الشرط يرجع الى غرض المتعاقدين والى النية التى أراداها بالعقد (المادة ١١٧٥ مدنى فرنسى) اى يجب أن يتحقق الشرط طبقا للغرض الذى ينشده العاقدان ، سواء كان احدهما هو الذى يقوم بنفاذه أو ان غيرهما هو الذى يقوم بنفاذه

واذا ضربت مدة لتحقيق الشرط فلا يعتبر الشرط محققا الا اذا تحقق فعلا فى المدة المضروبة (المادة ١١٧٦ و ١١٧٧ فرنسى) واذا لم تتعين مدة ليتحقق فيها الشرط فانه بمجرد تحقق الشرط يحدث أثره فى الحال حتى لو مات الدائن قبل تحقق الشرط (المادة ١١٧٩ فرنسى) وفى هذه الحالة يستفيد الورثة من آثار الشرط

ويحصل ان الشرط الذى لم يتحقق فعلا يعتبر كأنه قد تحقق وذلك فيما اذا عمل أحد العاقدين على منع تحقق الشرط ، لان فى عدم تحققه مصلحة له (المادة ١١٧٨ فرنسى)

---

(١) droit intangible

٢ — فى آثار الشرط الموقوف

والشرط الذى تحقق والذى لم يتحقق

٦٠٠ — مادام الشرط لم يحصل تحققه بعد ، أى مادام موقوفا [١] ، فان الشك فى تحققه وعدم تحققه يحول حول العقد أثناء مدة الشرط .

١) وفيما يتعلق بمبلغ الشك فى تحقق الشرط أو عدم تحققه يجب التميز بين الشرط الفاسخ والشرط التوقيفى

١ — ففى الشرط الفاسخ يعتبر العقد حاصلا والالتزام قائما بمجرد حصول الاتفاق ولكن من شأن الشرط الفاسخ أن يجعل العقد مهدداً فى المستقبل بالزوال اذا تحقق . واذا لم يتحقق ظل العقد قائما كما كان من قبل ، أى من وقت انشائه . فاذا بعتك عقاراً واشترطت استرداده مع رد ثمنه اليك وقع البيع فى الحال وأنتج نتائجه القانونية واذا رددت الثمن الى المشترى استرددت العقار وكأنه لم يحصل فيه بيع أى انى أستلمه محرراً من كل حق عيني عقارى ترتب عليه أثناء قيام الشرط

٢ — وأما فى الشرط التوقيفى فما دام الشرط لم يتحقق فلا يعلم عن أمر العقد شيء أى لا يعلم هل يكون له فى المستقبل آثار أم لا . على انه يجب ملاحظة أن العقد قد وجد بذاته وفى الواقع ولكنه وجد مقترناً بالشرط : لان الرابطة القانونية التى أراد الطرفان تقريرها قد وجدت فعلا . وليس صحيحاً مايقوله «بوتييه» انه لم ينشأ عن العقد خلاف مجرد أمل فى حق [٢] لان من وعد بشرط توقيفى لا يستطيع سحب كلمته لان الحق المتوقف على شرط ، موجودٌ قانوناً فى حد معين . ولذا يجوز لمن شرط الشرط التوقيفى لمصلحته أن يجري الاعمال التحفظية لحماية هذا الحق . فاذا كان دائنا جاز له طلب تحقيق امضاء مدينه اذا كان العقد عرفياً [٣] وله أيضاً قيد الرهن التأميني [٤] الذى يضمن له دينه [٥] واذا كان العقد المعلق على شرط يجعله مالكا لحق عيني عقارى

---

(١) pendente conditione (٢) espérance de droit (٣) راجع المواد ٢٠١/٢٠٠ ومابعدها من قانون المرافعات . (٤) inscription de l'hypothèque (٥) تحرير العقد الرسمى للرهن التأمينى شيء وتسجيل خلاصة هذا العقد أى قيد الرهن شيء آخر فالرهن ينعقد متى تحرر العقد الرسمى ولكنه لايكون حجة على الغير الا بتسجيل خلاصته أو قيده .

فان له من وقت التعاقد حق تسجيله والعمل على قطع المدة المكسبة السارية ضده ، لانه يجوز فيما بعد لواضع اليد التمسك ضده بالتقادم المكسب (المادة ١١٨٠ فرنسى) وله مع الشرط التوقيفى ، أن يتصرف فى حقه المعلق على شرط . واذا مات انتقل حقه هذا أي الحق المعلق على شرط ، الى ورثته (المادة ١١٧٩ فرنسى) .

ولكن اذا أبيح للدائن حق اجراء الاعمال التحفظية فانه ليس له القيام بالاعمال الخاصة باستغلال الحق بالذات ، وليس له مقاضاة المدين لان المدين لا زال هو صاحب الشيء أثناء قيام الشرط ولان الشيء لا ينتقل الى الدائن الا اذا تحقق الشرط

٢) هذا فيما يتعلق بالعقد أثناء قيام الشرط حتى يتحقق . وأما فيما يتعلق بعدم تحقق الشرط [1] أي عدم حصول الحادث المرتبط به فانه يجب التمييز أيضاً بين الشرط التوقيفى والشرط الفاسخ . ففى الاول لا يعتبر للالتزام أثر ما ولا يتكون العقد بالمرة . وأما فى الشرط الفاسخ ، فان الالتزام يظل قائما وينتج نتائجه القانونية التى تعتبر فى هذه الحالة نهائية

٣) واذا تحقق الشرط زال الشك وقتئذ عن العقد

هذا ويلاحظ هنا أمر هام وهو أن تحقق الشرط من شأنه أن يجعل للشرط أثراً رجعيا من وقت انعقاد العقد (المادة ١١٥ / ١٥٩ و ١١٧٩ مدنى فرنسى) فاذا كان الشرط توقيفيا وتحقق اعتبرت آثار العقد حاصلة من وقت افصاح العاقدين عن ارادتهما ، أى من وقت انعقاد العقد . واذا كان الشرط فاسخا وتحقق انقطعت الرابطة القانونية وزال أثر الالتزام الذي وجد أولا عند انعقاد العقد وعاد العاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد (المادة ١١٨٣ فرنسى) وسنشرح هذا الموضوع الهام فيما يلى

٣ — فى الأثر الرجعى للشرط

فى مصدره ومعناه ومرماه

٦٠١ — قررت المادة ١٠٥ / ١٥٩ مدنى و ١١٧٩ فرنسى الاثر الرجعى للالتزام حيث قالت : « اذا تم الشرط بوقوع الامر المعلق عليه وجود التعهد أو بطلانه

(١) défaillie

فيعتبر المتعهد به والحقوق اللاحقة له مستحقة أو لاغية من وقت الاتفاق على ذلك الشرط»
والمفهوم ان تقرير الأثر الرجعي للشرط انما هو على سبيل المجاز لا على سبيل الحقيقة
مادام القانون يجعل للالتزام أثراً لا من تاريخ تحقق الشرط بل من تاريخ الالتزام
نفسه . ويهمنا الآن أن نعرف الحكمة في الاثر الرجعي للشرط ومبلغ قوة هذا المجاز
والتصوير في تقرير الحقوق، لان المفسرين على ما يظهر قد تغالوا في بيان مرمى هذا
الاثر الرجعي بما لا يتفق مع الغرض الذي أراده واضعو القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤

ولو انه يوجد بعض آثار للأثر الرجعي في بعض النصوص الرومانية الا أن
مشترعي الرومان لم يقرروا ان للشرط أثراً رجعيا في الاصل باعتبار ذلك قاعدة عامة
فيه ، بل وردت نصوص رومانية دلت على ما ينقض الأثر الرجعي للشرط

٦٠٢ — وقد اقتصر علماء القانون الفرنسي قبل وضع قانون سنة ١٨٠٤ على
مجرد الاخذ بما ورد بالموسوعات الرومانية [1] من النصوص الخاصة بالأثر الرجعي
للشرط. وقرر «بوتييه» الاخذ بالأثر الرجعي للشرط في حالتين فقط : ١) اذا مات الدائن
لدين معلق على شرط قبل تحقق الشرط انتقل الدين كله كما هو الى الوارث . ٢) اذا
كان العقد المعلق على شرط مضموناً برهن اعتبر الرهن حقاً مكتسبا للدائن من تاريخ
العقد وقبل تحقق الشرط

ونرى انه يمكن في الحقيقة تعليل هاتين الحالتين بغير الاخذ بنظرية الاثر الرجعي
للشرط . ذلك لانه أولا : اذا انتقل حق المورث الى الوارث اثناء قيام الشرط وقبل
تحققه فذلك لان العقد المعلق على شرط قرر لمصلحة الدائن حقاً ينتقل الى الوارث عند
وفاة صاحب الحق . وثانيا : اذا كان من المباح تقرير الرهن عن دين مستقبل فمن باب
أولى تقرير الرهن عن دين معلق على شرط [2]

وعلى كل حال فانه مما لا جدال فيه ان الشارع الفرنسي أخذ في سنة ١٨٠٤ عن
بوتييه نظرية الاثر الرجعي للشرط . وهذا ما فعله أيضا الشارع المصري سنة ١٨٧٥
وسنة ١٨٨٣ ويكفي مجرد الاطلاع على المواد ١٠٥ / ١٥٩ مدني و١١٧٩ فرنسي

(١) Digeste (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٦٥

للتأكد من ذلك . ولكن يجب ملاحظة ان الشارع لم يأخذ بجميع نتائج الأثر الرجعى للشرط في جميع مظاهره .والدليل على ذلك المادة ١١٨٢ مدنى فرنسى التى قررت جعل ضمان الهلاك اثناء قيام الشرط التوقيفى بطريقة لاتتفق مع النتائج المنطقية للاثر الرجعى للشرط . اذ قررت جعل ضمان الهلاك على المدين اثناء قيام الشرط وكان يجب منطقيا أن يكون على الدائن ما دام انه يعتبر مالـكا لا من تاريخ تحقق الشرط بل من وقت انعقاد العقد

٦٠٣ — والذى يبين لنا ان الشارع الفرنسى والشـارع المصري لم يأخذا بقاعدة الاثر الرجعى للشرط الا باعتبارها قاعدة مقررة لبعض أحكام الشرط ومفصلة لبعض نتائجه . وبيانه :

١) ان الافصاح عن الارادة ينتج النتائج القانونية من تاريخ ظهوره اذا تعلق العقد على شرط توقيفى . ومعنى ذلك ان هـذا العقد أثراً الزامياً بين العاقدين . فاذا تعهد زيد ان يبيع عقاراً لعمرو اذا اشتغل هذا الاخير محامياً فانه لا يجوز لكل واحد منهما ان يعدل عما التزم به قبل الآخر . ولايزول أثر هذا العقد الابرضاء الاثنين. وعلى ذلك لا يجوز لمن اشترط على نفسه البيع أن يعمل على عدم تحقق الشرط . والا اذا سعى على عدم تحققه اعتبر الشرط كأنه وقع وتأيد عليه الالتزام (المادة ١١٧٨ مدنى فرنسى)

٢) واذا كان العقد المعلق على شرط خاصا بنقل ملكية شيء معين فانه مع جواز تصرف المالك الحاضر فى هـذا الشيء ونقل ملكيته الى الغير ، لا يجوز له مع ذلك المساس بحق الدائن بالملكية ذلك الحق الذى تقرر له بالعقد المعلق على شرط وعلى ذلك اذا تحقق الشرط سقطت جميع الحقوق العينية التى توقعت على الشيء اثناء قيام الشرط (المادة ١٠٥ / ١٥٩ مدنى و ١١٧٨ فرنسى)

وبالعكس فان مبلغ الزيادة التى حصلت فى قيمة الشيء [١] بعد حصول العقد وقبل تحقق الشرط ووقوع الحادث فانها تعتبر من حقوق المشترى وهو الدائن [٢]

---

(١) plus-value (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٦٥

٣) واذا تصرف الدائن في الشيء اثناء قيام الشرط بان رهن العين مثلا صح هذا الرهن وتأيد اذا تحقق الشرط المادة (٢١٢٥ مدنى فرنسى)

هذه النتائج الثلاث التى ذكرناها ترجع الى المبدأ الذى نقول به وهو انه بمجرد حصول العقد المعلق على شرط يتولد التزام فى الحال ومع القول بانه التزام فى مهد تكوينه وانه لم يكتمل بعد طالما ان الشرط لم يتحقق ، الا انه على كل حال ملزم للطرفين ضمن حدود الاتفاق . وما استعين بالاثر الرجعى للشرط الا لزيادة البيان في ان أثر العقد يرجع فى ظهوره الى وقت انشائه .

على انه يمكن الاخذ بهذه القاعدة ، وهى أن أثر العقد يسري من تاريخ انعقاده ، من غير حاجة الى الاخذ بنظرية الاثر الرجعى للشرط : ذلك ان زوال الحقوق العينية المقروة على العين بمعرفة المدين اثناء قيام الشرط ، يمكن القول فيه بانه رجوع الى القاعدة العامة القائلة : بانه « لا يجوز للانسان ان يمنح الغير حقوقا اكثر من الحقوق المقررة له »[1] وهذا ما تقرره المادة ٢١٢٥ مدنى فرنسى وتقول به القواعد العامة : أى انه لا يجوز للانسان أن يملك غيره اكثر مما يملك هو . فاذا ملكه حقا وجب على مكتسب هذا الحق ان يأخذه بالحالة التى هو عليها وقت انتقاله اليه . فاذا باع المالك عقاره بيعا معلقا على شرط فان بقاء العقار تحت يد البائع يجعل حقه فيه مهدداً بالزوال اذا تحقق الشرط فاذا تصرف فيه هذا البائع مرة ثانية قبل تحقق الشرط الخاص بالمشتري الاول فلا يترتب على هذا التصرف أثر ما في تقوية حقه . بل يظل الحق على هذا مهدداً باحتمال تحقق الشرط ، فاذا تحقق الشرط زال أثر هذا التصرف الثانى ولا محالة .

٦٠٤ — على اننا مهما بالغنا فى تقرير نتائج الشرط من حيث الاخذ بحكمه في الأثر الرجعى فانه يجب مع ذلك ، الاعتراف بان القانون فى تقريره للاثر الرجعى للشرط انما قرر قاعدة خاصة يجب مراعاة الاخذ بها ، لانه لو صرف النظر عنها وأخذ بالمنطق الصرف لترتب على ذلك مخالفته فيما قرره هو بشأن الأثر الرجعى للشرط فى بعض المسائل الخاصة التى منها

١) **حالة ضمان الغير اثناء قيام الشرط** . فاذا هلك الشيء بحادث جبرى تحت

(١) Nemo plus juris in alium transfere potest quam ipse habet

يد البائع وقبل تحقق الشرط ، زال الالتزام وانقضى العقد كما رأينا (المادة ١١٨٢ مدنى فرنسى) ولا يلزم المشتري بدفع الثمن الى البائع . كذلك من تصرف فى عقار تحت شرط توقيفى فانه يظل مالكا حتى يتحقق هذا الشرط وتصح الاعمال الادارية[1] التى يكون قد أجراها قبل تحقق الشرط وتصبح حجة على المشترى . ويجب على هذا الاخير احترام عقود الايجار الصادرة من البائع كما يحصل ذلك فى حالة البيع الوفائى (المادة ٣٤٥ / ٤٣١ مدنى و ١٦٧٣ فرنسى) وذلك فيما اذا رد البائع الثمن الى المشترى واسترد العقار فانه يسترده حرا من كل حق عينى عقاري توقع عليه بسبب المشتري ، ما عدا عقود الايجار فانها تعتبر حجة عليه اذا حصلت بحسن نية ولم تزد مدتها عن ثلاث سنوات

٢) كذلك المالك بشرط فاسخ لا يرد الثمرات والفوائد التى يكون قد حصلها من الشىء حتى تحقق الشرط

٣) واذا كان المشترى لعقار قد اشتراه بشرط فاسخ كما فى حالة الشراء الوفائى ثم عمل قبل تحقق الشرط على تطهير العقار من الحقوق العينية المترتبة عليه بان دفع للدائنين حملة الحقوق ديونهم ، فان القضاء الفرنسى قرر فى هذه الحالة بانه اذا قام البائع وتقدم شرط الوفاء ورد الثمن واستلم العقار فان آثار التطهير تبقى مع ذلك قائمة أى أن البائع يسترد العقار خاليا من الحقوق العينية التى كانت متوقعة عليه[2] وهذا على خلاف المستفاد من الاثر الرجعي للشرط لانه كان يجب بتحقق هذا الشرط والاخذ بأثره الرجعى أن يترتب على ذلك زوال آثار التطهير الذي قام به المشترى فى البيع الوفائى

ومما تقدم يرى انه ليس صحيحاً اعتبار الأثر الرجعى للشرط قاعدة عامة تتمشى على جميع أحوال الشرط بل يجب الاخذ به فيما نص عليه وذلك مراعاة لبعض الاعتبارات الاقتصادية

٦٠٥ ــ هذا وليس من السهل معرفة السبب الحقيقى للاثر الرجعى للشرط ومشروعيته : قال البعض بان السبب فيه هو نية العاقدين وما عساه أن يكون قد اتفقا عليه اذ ربما يكونان قد أرادا مثلا انه عند تحقق الشرط يعتبر كل منهما قبل الآخر كأنه

(١) actes d'administration (٢) س ، ٩٠٤ ، ١ ، ٤١٧

قد تعاقد مع زميله وقت الاتفاق أولا ، بمعنى انهما لو كانا قد تحققا من ضرورة وقوع الشرط لكانا اتفقا اتفاقا نهائيا غير معلق على شرط

ولكن يلاحظ على ذلك انه لو كان العاقدان قد أرادا الأثر الرجعى للشرط واعتبار أن احدهما مالك من وقت العقد ، وان الاخر تزول ملكيته من وقت انعقاده فانه ما كان يوجد مطلقا ما يحول بينهما وبين الافصاح عن هذه الرغبة، وتعيين هذه النية. فاذا سكتا عن الافصاح عن هذه النيــة افصاحا صريحا فانه من المعقول أنهما أرادا بتعليق الالتزام على تحقيق الشرط أن يجعلا تقرير الالتزام قائما من يوم انعقاد العقد ، وهذا هو التفسير الذى يتفق مع مصلحة الغير ذلك الغير الذى يذهب في العادة ضحية لنظرية الأثر الرجعى للشرط

الشرائع الحاضرة : يلاحظ على الشرائع المدنية الحاضرة انها لم تأخذ بنظرية المجاز فى الأثر الرجعى للشرط . مثال ذلك : القانون الالمانى (المادة ١٥٨) والقانون السويسرى للالتزامات (المواد ١٤١ — ١٥٤) . على أن القانون الالمانى أباح للعاقدين جواز الاخذ بالأثر الرجعى للشرط اذا صرحا بذلك فى العقد تصريحا ظاهراً (المادة ١٥٩) وعلى شرط أن لا يتعدي أثر هذا الاتفاق دائرة طرفى العقد وان لا يضر الغير فى شىء ما . واذا تقررت حقوق عينية على الشىء اثناء قيام الشرط [١] بمعرفة المالك على شرط ، فان هذه الحقوق تعتبر كأنها لم تكن عند تحقق الشرط (المادة ١٦١) وهذا يؤكد ما قلناه من أنه يصح الافلات من الاخذ بنظرية الأثر الرجعى للشرط اذا أخذنا بالقاعدة التى أشرنا اليها فى نبذة ٦٠٣ وهى انه لا يجوز للانسان أن يملك الغير اكثر مما ملك [٢]

فى الاجل

١) أركان الاجل ومقارنته بالشرط

٦٠٦ — الاجل [٣] هو امر محقق ومستقبل . وبالاجل لا ينفذ العقد فى الحال انما ينفذ فيما بعد أى أنه اذا ترتب على الاتفاق تقرير التزام فلا يستحق هذا الالتزام

(١) pendente conditione (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٦٧ (٣) terme

الا عند حلول الاجل المضروب لتنفيذه (المادة ١١٨٦ فرنسي) ومن هنا ضرب المثل الآتي : « من التزم بأجل لا يلتزم بشيء[1] » ولكن لاصحة في الحقيقة لهذا المثل اذ أنه يتعارض مع القاعدة القانونية المقررة بالمادة ١١٨٦ وهي أنه لا يجوز استرداد ما دفع اذا كان مؤجلا الى أجل . وكذلك يتعارض مع القاعدة القانونيه الاخرى المقررة بالمادة ١١٧٥ فرنسي وهي القائلة بان الاجل يختلف عن الشرط في أنه لا يوقف تقرير الالتزام وتكوينه القانوني بل هو يؤجل تنفيذه فقط

والغالب أن يضرب الأجل لمصلحة المدين . ولذا يجوز له في هذه الحالة أن يفي بدينه قبل حلول الاجل ، أي يتنازل عن هذا الاجل، الا اذا دلت عبارة العقد أو صيغته على خلاف ذلك (المادة ١٥٢ / ١٥٦ مدني و ١١٨٦ فرنسي) دلت على أن الاجل وضع لمصلحة الدائن (المادة ١١٨٧ فرنسي) اذ في هذه الحالة لا يجوز للمدين أن يكره الدائن على قبول الوفاء بالدين قبل حلول الاجل . مثال ذلك في عقد الوديعة يعتبر أجل الوديعة مضروباً في مصلحة المودع أي الدائن فله وحده طلب الوديعة قبل حلول أجلها

٦٠٧ — ومما تقدم يرى أن هناك اختلافا عظيما بين الشرط والاجل اذ الالتزام المؤقت بأجل من القوة ماليس للالتزام المعلق على شرط لان الاول يتقرر حال تكوينه بصرف النظر عن تعيين الاجل لنفاذه فهو لذلك يعتبر جزءاً من مال الانسان وأما الثاني فلا يدخل ضمن مال الانسان الا وهو مهدد بالزوال عند تحقق الشرط

وعلى ذلك تترتب النتائج الآتية :

١) رأينا بالمادة ١١٨٢ فرنسي أن الهلاك على المدين في حالة الالتزام المعلق على شرط والحالة على العكس في الالتزام المؤجل الى أجل اذ الهلاك على الدائن لان الدائن يعتبر مالكا بمجرد العقد ومن وقت انعقاد العقد . وكل ما يحدثه الاجل من حيث التوقيف انما هو توقيف الاستلام . وعلى ذلك يجوز الاخذ في هذه الحالة بالقاعدة المقررة في المادة ١١٣٨ مدني فرنسي وهي قاعدة **الهلاك على المالك**[2] أي

---

(١) qui doit à terme ne doit rien

(٢) res perit domino

يهلك الشىء على صاحبه مع مراعاة التفصيل الذى ذكرناه بشأن نظرية الهلاك [(١)]

٢) لا يجوز استرداد ما دفع قبل الاجل (المادة ١١٨٦ مدنى فرنسى) . وعلى العكس من ذلك يجوز استرداد ما دفع قبل تحقق الشرط بحيث يجب أن يطلب الاسترداد قبل تحقق الشرط والا فلا فائدة من طلبه

والمفهوم أن ما دفع قبل الاجل لايجوز استرداده اذا حصل الوفاء من المدين وهو يعلم بالاجل . ولكن ما القول فيما اذا دفع قبل الاجل عن خطأ فهل لايجوز له استرداد ما دفعه أخذاً بالقاعدة المتقدمة أو يجوز له حق الاسترداد ما دام الوفاء كان من طريق الخطأ أو يكون له على الاقل حق المطالبة بفوائد المبلغ من تاريخ الدفع حتى ميعاد الاجل ؟ يظهر أن العدالة والمنطق كلاهما يقضى بالفوائد لان المدين دفع على كل حال أكثر من دينه فله أن يسترد الزيادة . ولكن الغالب عند الشارحين أن يقولوا بأن لاحق للمدين فى المطالبة بالفوائد ولا بالدين من باب أولى وحجتهم فى ذلك أن المادة ١١٨٦ تصبح ولافائدة منها اذا فسرت فقط بحالة الدفع بعلم المدين [(٢)] وأخرجت منها حالة الدفع غلطا من قبل المدين ، ذلك لان النظرية العامة في استرداد المدفوع بلا حق (ومن باب أولى استرداد المدفوع قبل الميعاد) لايؤخذ بها قانوناً الا اذا كان الدفع حاصلا خطأ . وعلى ذلك يجب أن تتمشى المادة ١١٨٦ على الحالتين سواء بسواء وانه بمقتضاها لايجوز لمن دفع قبل الاجل استرداد ما دفعه بعلم منه أو بغلط وقع فيه وهذا هو ماسار عليه أيضا الشارحون الفرنسيون قبل سنة ١٨٠٤ مثل بوتييه [(٣)]

الا أننا لا نستطيع الاخذ بهذا الرأى لانه في النهاية لا يمكن اعتبار المدين الذى دفع أنه قد وهب لدائنه مقدار ما يقابل فوائد المبلغ التى فاتته . لان هذا المدين لم يرد الهبة بلا شك لان المفروض انه لم يفكر فيها مطلقا وقت الدفع

---

(١) risque (٢) أى انهم يريدون أن تتمشى المادة ١١٨٦ الخاصة بعدم جواز استرداد المدفوع قبل الاجل، على حالة المدين الذى دفع وهو عالم بعدم حلول الاجل أو دفع عن غلط وهو لا يعلم بعدم حلول الاجل (٣) كابيتان ص ١٦٩

٢) في سقوط الاجل وزوال الانتفاع به

٦٠٨ — قلنا إن الاجل يضرب فى الغالب لمصلحة المدين . فاذا عمل ما يخالف ذلك وأضر بدائنه سقط عنه الاجل وجاز لهذا الاخير مطالبته بالدين قبل حلول الاجل ويقع ذلك فى حالة افلاس المدين أو اعساره وضعف تأمينات الدين أو عدم القيام بتقديم التأمينات التى وعد بها . وعلى ذلك لا تخرج هذه المسائل عن أربع أحوال

٦٠٩ — الحالة الاولى افلاس المدين[١] : قررت المادة ١٠٢/١٥٦ مدنى و ١١٨٨ فرنسى ما يأتى : « اذا تعهد المدين بشىء لاجل معلوم وظهر افلاسه أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التى كانت محلا لوفاء التعهد فيستحق ذلك الشىء فوراً قبل حلول الاجل » فالافلاس مسقط للاجل أو سبب فى سقوطه ويجب أن يصدر به حكم من القضاء لان سقوط الاجل لا ينشأ عن توقف المدين عن دفع ديونه لدائنيه[٢] بل انما ينشأ عن حكم القضاء باشهار الافلاس (المادة ٢٢١/٢٢٩ تجارى و ٤٤١ فرنسى) ويجب الحاق التصفية القضائية[٣] وتصالح الدائنين مع المعلن[٤] بالافلاس . والسبب فى سقوط الاجل أن الافلاس ينتهى بتصفيه أملاك المدين وتوزيع أثمانها على الدائنين[٥] ولا بد في هذه الحالة من اعتبار الديون المؤجل الوفاء بها قد حلت حتى يسهل أمر التصفية

٦١٠ — الحالة الثانية اعسار المدين : لم تشر المادة ١٠٢/١٥٦ مدنى و ١١٨٨ فرنسى الى اعسار المدين[٦] فيما يتعلق بسقوط الاجل فهل يسرى هذا السقوط على المدين المعسر غير التاجر ؟ هناك رأيان

رأى يقول بعدم جواز تشبيه الاعسار بالافلاس لان سقوط الحق يجب ألا يقول به الا القانون نفسه فلا يؤخذ فيه بالقياس[٧] ، ولأن الاعسار لا يترتب عليه تصفية

---

(١) كابتان ص ١٦٩ (٢) cessation des paiements (٣) liquidation judiciaire (٤) concordat (٥) liquidation collective (٦) déconfiture (٧) les déchéances sont de droit étroit

أملاك المدين وتوزيعها على دائنيه كما يحصل في الافلاس ، ولأن الاعسار لا يقضى به حكم من القضاء

ورأى يقول بانه يترتب على الاعسار سقوط الأجل كما في حالة الافلاس وأن السبب في ذلك هو أن الاعسار كالافلاس من حيث الأثر المترتب على زوال أمارات اليسر عن المدين ، ذلك اليسر الذى استند اليه الدائن في ضرب أجل الوفاء ولكن يجب الحصول على حكم من القضاء بسقوط الاجل ما دام القانون لم يقرر طريقة خاصة للحصول على حكم بالاعسار ولا يجوز بحال أن يقضى بسقوط الاجل في زمن سابق على رفع الدعوى الخاصة بهذا الطلب وهذا هو رأى القضاء الفرنسي[1]

٦١١ — الحالة الثالثة في تقليل تأمينات الدائن : رأينا أن المادة ١٠٢/١٥٦ مدني و١١٨٨ فرنسي تقول بانه في حالة ما اذا « فعل المدين ما يوجب ضعف التأمينات التي كانت محلا لوفاء التعهد » فان الاجل يسقط ويستحق الدين في الحال . ذلك لأن الدائن لم يقبل تأجيل الوفاء الا بناء على هذه التأمينات الضامنة له فاذا زالت وجب الوفاء له بالدين في الحال

هذا ولا يسقط الاجل بضعف التأمينات إلا بتوافر شروط خاصة وهي :

١ — يجب أن تكون التأمينات خاصة [2] كالرهن التأميني والرهن الحيازي ، أي تأمينات قد تراضى الطرفان عليها من قبل [3] فيخرج من ذلك حق الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه (المواد ١٤١/٢٠٢ مدني و٥٥٥/٦٧٩ مدني و٢٠٩٢ فرنسي) فاذا عمل المدين على ضعف هذه التأمينات العامة فلا يسقط عنه الاجل . انما للدائن حق رفع دعوى الابطال يطلب فيها الغاء تصرفات المدين الضارة بالدائن ورد الشيء الى مال المدين . أما اذا كان الرهن خاصا وعمل المدين على اتلافه سقط الاجل . كما اذا رهن المدين بيته ثم هدمه بعد ذلك

٢ — يجب أن تكون التأمينات المشار اليها نتيجة الاتفاق بين العاقدين [4]

---

(١) د . ٩٢ ، ١ . ٢٨١ ومقال « بلانيول Planiol » – س ، ٩٢ ، ١ ، ٤٨١ ومقال « لابيه Labbé » . – د . ٩٠٨ ، ١ ، ٤٠٨ . – س ٩٠٧ ، ١ ، ٦٧ . – كابتان ص ١٦٩

(٢) sûretés

(٣) ٢٤ مايو سنة ٩١١ ، ٢٣ ، ٣٣٧ . – ٣١ يناير سنة ٩١٢ . ٢٤ ، ١١٨ . – ٦ ابريل سنة ٩٢٠ ، ٣٢ ، ٢٥١

(٤) sûretés volontaires

أي يجب أن تكون نتيجة العقد المعقود بين الاثنين أو أن القانون نفسه يكون قد قررها باعتباره مترجما عن نية العاقدين ومعبراً عن غرضهما باعتبار أنهما أرادا الاتفاق عليها [١] وعلى ذلك لا يعبأ بضعف التأمينات القانونية البحتة [٢] مثل حقوق الامتياز [٣] ولا يسقط الاجل فيها لانه اذا عمل المدين على القليل منها فانه لا يخالف بذلك عقداً مأخوذاً عليه ولا قانونا يكون قد أقر التأمينات هذه من طريق التعبير عن غرض العاقدين المدين والدائن

٣ — **ضعف التأمينات بفعل المدين** : وقد نصت المادة السابقة على ذلك فلا يسقط الاجل حينئذ الا اذا عمل المدين نفسه على اضعاف هذه التأمينات. فاذا أصاب التأمينات ضعف من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة فلا يكون ذلك سببا في سقوط الاجل. فاذا رهن المدين عند دائنه سندات مالية ونزلت قيمتها الى حد مضعف للتأمين لدى الدائن فلا يكون لهذا الاخير الحق فى طلب الدين قبل ميعاد استحقاقه، أى ليس له حق طلب سقوط الاجل. انما نص القانون فى بعض الاحوال وفى حالة ضعف التأمينات الناشيء عن حادث جبرى أو قهرى أنه يجوز للدائن مع ذلك حق مقاضاة مدينه فى الحال، كما يحصل في حالة الدائن المرتهن رهنا تأمينياً اذا تهدم العقار المرهون تهدما كليا أو جزئيا بغير ارادة المدين (المادة ٥٦٢ / ٦٨٦ مدنى و ٢١٣١ فرنسى) . انما يبيح القانون للمدين فى هذه الحالة حق ايقاف تلك الدعوى قبله اذا قدم عقاراً آخر يحل محل الاول فى التأمين

٦١٢ — الحالة الرابعة . عدم القيام بتقديم التأمينات الموعود بها : يجب الحاق هذه الحالة بالحالة الاولى لانه يستوى لدى الدائن مدين أضعف التأمينات بعد تقديمها ومدين لم يقدمها بالمرة

٣) في انواع الاجل والمهلة القانونية والقضائية

٦١٣ — للأجل جملة أنواع وهى :

١) **الاجل التوقيفى والاجل الفاسخ** . الاجل اما توقيفى واما فاسخ كما رأينا

(١) د، ٩٠٨ ، ٢ ، ١١٨ (٢) sûretés purement légales (٣) les privilèges

فى الشرط. وكل ما قررناه بشأن الاجل ينطبق على الاجل التوقيفى [١] باعتباره أكثر شيوعا. واما الاجل الفاسخ [٢] أو الاجل المسقط [٣] فهو الاجل الذى بحلوله تنقضى آثار العمل القانونى أى تزول نتائج العقد. مثلا أجر زيد لبكر ضيعته لمدة ثلاث سنوات وأقرضه ١٠٠ جنيه لمدة سنة

وقد يدق احيانا التمييز بين الاجل المسقط والشرط. مثلا التزم زيد بترتيب معاش يدفعه لزينب شهريا حتى تتزوج زينب. ومما يهم فى هذا المثل ضرورة معرفة ما اذا كان التوقيت هذا اجلا أو شرطا. فان كان التوقيت اجلا اي يدفع لها المرتب حتى يأتى يوم زواجها فينقطع عنها صح العقد وصح معه الاجل. اما اذا انصرف التوقيت الى شرط بمعني ان المرتب يدفع على شرط ان لا تتزوج فلا يصح العقد. لان التوقيت فى الاول يعتبر قيداً أو وضعاً مشروعاً [٤] وفى الثانى غير مشروع [٥] لان السبب فى هذه الهبة يتعارض مع الاخلاق الحسنة [٦]

٢) **الاجل المعين والاجل غير المعين** : يراد بالاجل المعين [٧] أن يتحدد الاجل بيوم من أيام السنة كاول يوم من رمضان أو تعين بتعيين حادث لا بد من وقوعه كاول يوم من عيد الفطر، أو يوم المولد النبوي أو ذكر ميعاد معين مثل بعد سنتين أو شهرين أو نحو ذلك

واما الاجل غير المعين [٨] فهو الذى لا بد من وقوعه ولكن لا يعرف متى يقع. مثلا أبيعك بيتى عند وفاة زيد. فالوفاة واقعة لا محالة، ولكن لا يمكن معرفة الوقت الذى يقع فيه. وهنا يختلف الاجل غير المعين عن الشرط. اذ فى الشرط لا يزال يحوم الشك حول وقوع الحادث حتى يقع فعلا واما الاجل فلا بد من وقوعه ولا يحوم الشك حوله الا فيما يتعلق بوقت حلوله فقط

٣) **الاجل الصريح والاجل الضمنى** : الاجل الصريح [٩] هو ما اتفق عليه طرفا العقد بعبارة صريحة. والاجل الضمنى [١٠] هو ما يستفاد من طبيعة العقد بين الطرفين. كما اذا تعهد المدين في فصل الصيف بانجاز عمل لا بد من حصوله فى الشتاء

terme extinctif (٣) terme résolutoire (٢) terme suspensif (١)
terme (٧) ٢٩،١٠٩١٥ ، د (٦) modalité illicite (٥) modalité licite (٤)
terme tacite (١٠) terme exprès (٩) terme incertain (٨) certain

٤) **المهل القانونية والمهل القضائية** : المهلة القانونية [١] هي ما تقررت اما بمعرفة طرفى العقد وتسمى بالمهلة المتفق عليها [٢] واما بحكم القانون نفسه وتسمى بالمهلة القانونية [٣]

٦١٤ — وأما المهلة القضائية [٤] فهي التي يقررها القاضي بمحض رغبته وما له من سلطان التقدير في الدعوى . وتقول في ذلك المادة ١٦٨/٢٣١ مدنى و ١٢٤٤ فرنسى ما يأتى . « يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين وان يحصل في الوقت والمحل المعينين وان لا يكون ببعض المستحق . انما يجوز للقضاة في أحوال استثنائية ان يأذنوا بالوفاء على اقساط أو بميعاد لائق اذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين . » وعلى ذلك وبمقتضى الفقرة الاخيرة من هذه المادة يجوز للقاضي اما ان يؤجل الوفاء الكلى الى وقت يعينه أو ان يقسط الدين على أقساط معينة بمعرفته

ويجب التشدد في اعطاء المهلة القضائية وان لا يكون من شأنها الحاق الضرر بالدائن . فلا يجوز منحها اذا طلبها المدين مستنداً الى أزمة مالية حلة بالبلد [٥] أو اذا لاحظ في طلبه مجرد التسويف في الوفاء [٦]

وقد وردت بالقانون أحوال كثيرة رجعت في أحكامها الى هذه المادة وهي :

أولا : وجدت نصوص بالقانون قررت عدم جواز منح المهلة القضائية ، بتاتا وهي :

١ . — اذا كان الدين ثابتاً بكمبيالة [٧] أو بسند تحت اذن [٨] (المادة ١٥٦/١٦٣ تجاري و ١٥٧ فرنسي و ١٣٥ فرنسي ، ونصها « لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة لدفع قيمة كمبيالة » والسبب في ذلك هو الدقة التي قررها القانون للوفاء التجارى باعتبار أن هذه السندات تعتبر كالعملة الجارية في المعاملات التجارية

٢ . — اذا صدر حكم بالدين فلا تجوز المهلة القضائيه من بعده . بل الذى يجوز

---

(١) terme de droit (٢) terme conventionnel (٣) terme légal (٤) terme de grâce
(٥) استئناف م ٢١ يناير سنة ٩١٥ م ت ق ، ٢٧ ، ١٣١ (٦) استئناف م سنة ٩٠٨ م ت ق ٠ ٢١ ٠ ٥٩
(٧) lettre de change (٨) billet à ordre

هو تقسيط الدين أو تأجيله بنفس الحكم الصادر به أما اذا صدر بالدين من غير تقسيط أو تأجيل فلا يجوز المساس بالحكم (المادة ١٢٢ مرافعات فرنسى وهى تقرر قاعدة عامة ولو لم يرد لها مثيل فى القانون المصرى ؛ وقررها القضاء المصرى : ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ ، ٢٧ ، ٧٩ — النقض الفرنسى ص ٣٠ مايو سنة ١٩١٦ س ، ١ ، ٢٨) لانه من المقرر قانوناً انه لايجوز للقاضى المساس بحكمه بعد صدوره منه

٣ ـ اذا كانت هناك دعوى خاصة بطلب وفائى [1] فى حالة البيوع الوفائية ، اذ لا يجوز زيادة مدة خمس السنوات المقررة لاسترداد البيع ورد الثمن حتى لو كان هناك عذر شرعى راجع الى قوة قهرية (المادة ٣٤٢/٤٢٧ مدنى و ١٦٦١ فرنسى)

٤ ـ اذا لم يدفع المشترى الثمن فى الميعاد المعين كان البائع بالخيار فله إما طلب الفسخ وإما طلب الثمن (المادة ٣٣٢/٤١٣ مدنى) ولكن يجوز مع ذلك للقاضى أن يمنح للمشترى مهلة لدفع الثمن ، مهما كان طلب البائع فسخاً أو ثمناً ، وعلى شرط أن لايمنح أكثر من مهلة واحدة (المادة ٣٣٣ فقرة أخيرة / ٤١٤ مدنى)

ثانياً : توجد أحوال قام الخلاف فيها بشأن منح المهلة القضائية وهى :

١ — يتساءل المفسرون فيما اذا كان الحظر فى المهلة القضائية فى المسائل التجارية موقوفا فقط على الكمبيالات والسندات تحت الاذن أو يتمشى على جميع الاحوال التجارية . وإن كانوا قد أخذوا بالحظر العام إلا أن القضاء ذهب الى غير ماذهبوا اليه وأباح المهلة القضائية فى غير ما ورد على سبيل الحصر

٢ — ومما تساءلوا فيه ما إذا كان من الجائز منح المهلة القضائية إذا كان الدائن حاملا لسند تنفيذى (وهو السند التنفيذي غير الحكم الذى تقدم بيانه فى الحالة الثانية السابقة) . وقد أخذ القضاء الفرنسى بالايجاب وأجاز منح المهلة فى هذه الحالة (د ٩٣ ، ١ ، ٣٣) وحجته أن المادة ١٢٤٤ مدنى فرنسى (المقابلة للمادة ١٦٨/٢٣١ مدنى) قلت بانه يجوز للقضاة أن يأذنوا بلوفاء على أقساط أو بميعاد لائق « وأن يأمروا بايقاف تنفيذ الاجراءات القضائية [2] . وقال المفسرون بأن عبارة « الاجراآت القضائية » [3] لا تنصرف فقط الى الدعاوى القضائية [4] بل تنصرف أيضاً الى

(١) action en réméré (٢) surseoir à l'exécution des poursuites (٣) pour-suites (٤) instances judiciaires

اجراآت التنفيذ [١] وهى الاجراءات التى لا تعتبر اجراآت تنفيذ إلا اذا كانت مشفوعة بسند تنفيذى

أما القانون المصرى فانه لم ينقل بالمادة ١٦٨ / ٢٣١ مدنى هذه العبارة الواردة بالمادة ١٢٤٤ فرنسى وهى : « وأن يأمروا بايقاف تنفيذ الاجراآت القضائية » فهل مع عدم ورود هذه العبارة يمكن مع ذلك القول بأن المهلة القضائية غير جائزة فى حالة العقد الرسمى ؟ الذى نقول به هو العكس ونرى الاخذ بالمنحة القضائية لان السند التنفيذى ، وهو السند الرسمى غير الحكم ، لم يخرج عن كونه سنداً عاديا لايتميز عن العرفى الا فى الصيغة التنفيذية ولكنه هو هو فى غير ذلك . بمعنى ان حالة المدين قبل الشروع فى تنفيذ رسمى هى هى بعينها قبل صدور الحكم فى سند عرفى ، أى انها حالة واحدة فى النوعين تدعو الى بحث وتمحيص من حيث التأجيل فى الوفاء . ولكن القضاء المصرى يجرى على عكس هذه القاعدة [٢] ولا نقره فى رأيه بل نأخذ بالرأى الفرنسى لما رجعنا اليه من العلل القانونية السابقة [٣]

هذا ولا يجوز منح المهلة القضائية اثناء السير فى اجراآت التنفيذ على المنقولات أو فى اثناء سير دعوى نزع الملكية فى القانون الاهلى أو الحجز العقارى فى القانون المختلط (استئناف سنة ٩٠٨ م ت ق ، ١ ، ٥٩) انما يجوز فى القانون المختلط (المادة ٦٥٢ مرافعات مختلط) تأجيل البيع أمام قاضى البيوع ، أى اعطاء مهلة من قاضى البيوع [٤] بناء على طلب المدين نفسه أو غيره من أصحاب الشأن وأن يكون التأجيل تأجيلا بسيطاً بدلا من تنقيص الثمن (المادة ٧٠٧ مرافعات مختلط) مع اعادة اجراآت النشر عن المزاد (المادة ٧٠٨ مرافعات مختلط) وأما فى القانون الاهلى فلم يرد مثيل للفقرة الواردة بالمادة ٦٥٢ مرافعات (أنظر المادة ٥٦٩ مرافعات أهلى المقابلة للمادة ٦٥٢ مختلط) ولكن مع ذلك نرى الاخذ بها لانها لم تخرج عن كونها مجرد احتياط يتخذه قاضى البيوع فى سبيل ضمان سير العدالة دون ضرر ما يقع لا بالدائن الحاجز ولا بحملة الديون . بل ربما كان فى التأجيل البسيط مع المحافظة على الثمن المقرر

(١) voies d'exécution (٢) ٢٥ مايو سنة ٩١٦ ، ٢٨ ، ٣٦٩ . ـ ١٦ يونيو سنة ٩٢١ ، ٣٣ ، ٤٠١ (٣) كذلك يرى الدكتور او هيف بك فى بند ١٠٨ من كتاب التنفيذ ولم نجد رأيا فى ذلك للدكتور عبد الفتاح بك بكتابه فى التنفيذ (٤) استئناف م ٥ نوفمبر سنة ٩١١ م ت ق ، ٢٤ ، ١٥

فائدة للجميع بعكس التأجيل مع تنقيص الثمن ففيه ضرر بالمدين والحاجز والدائنين الآخرين [١]

وتختلف المهلة القضائية عن المهلة القانونية في أن المهلة القضائية لا تحول دون حصول المقاصة كما سبق أن قررنا ذلك . بخلاف المهلة القانونية فانها تحول دون المقاصة [٢]

وتتفق المهلتان فى أنهما تسقطان عن المدين اذا وقع فى احدى الحالات المنوه عنها بالمادة ١٠٢ / ١٥٦ مدنى و ١١٨٨ فرنسى أى اذا افلس او اعسر او اضعف التأمينات الخاصة التى قررها على نفسه ضماناً للدين أو لم يقدم التأمينات التى وعد بها ضماناً لدين الدائن قبله

في تعدد محل الالتزام

٦١٥ — يحصل التعدد فى محل الالتزام على صور مختلفة وهو قليل الوقوع فى مجال العمل ويجب الرجوع فيها دائما الى نية المتعاقدين والغرض الذي يرميان اليه (المادة ١٣٨ / ١٩٩ مدنى و ١١٥٦ فرنسى) وهذا تحقيق لتلك القاعدة القائلة بأن العقود في الازمان الحاضرة هى عقود خاضعة لاحكام حسن النية [٣] كما يقول الرومان

أما الصور التى يتصور بها محل الالتزام في حالة تعدد هذا المحل فهى الالتزام بأكثر من شيء واحد والالتزام التخييرى والالتزام البدلى

١) في الالتزام بأكثر من شيء واحد
والالتزام التخييرى والالتزام البدلى

٦١٦ — الالتزام بأكثر من شيء واحد أو الالتزام بالمجموع [٤] هو ما التزم فيه المدين بشيئين أو اكثر معاً ، كما اذا التزم زيد بتوريد مائة أردب من القمح ومائة أردب شعير فهو ملتزم بتوريد كل من القمح والشعير

والالتزام البدلى [٥] هو ما التزم فيه المدين بشيء واحد من شيئين أو جملة أشياء

---

(١) كذلك يرى الدكتور ابو هيف بك فى بند ٨٤٨ من كتاب التنفيذ وكذلك أيضاً الدكتور عبد الفتاح بك بالتنفيذ ص ٤٥٢ ن ٦٥٤ (٢) دى هلس ٢ ص ٧٢ ن ٦٦ (٣) contrats de bonne foi (٤) obligation conjonctive (٥) obligation alternative راجع حاشية ٣ ص ٢٨١ بند ٢٩٢ هنا حيث تكلمنا عن ترجمة هذا اللفظ ولفظ الالتزامات التخييرية وعن اختلافنا فيها مع فتحى باشا زغلول

وينقضى الالتزام بمجرد الوفاء بأحد الشيئين أو أحد الاشياء : مثلا تعهد زيد بتوريد ١٠٠ أردب قمح أو مائة أردب شعير

والالتزام التخييرى [1] هو ما كان الالتزام فيه مبدئيا بشيء واحد فقط انما يجوز مع ذلك للمدين حق التحرر من الدين اذا قام بالوفاء بشيء آخر أو ما كان للمدين أن يختار فيه شيئا آخر للوفاء غير ما وعد به مبدئيا. مثلا تعهد زيد بتوريد ١٠٠ أردب قمح ، ولكن يجوز له أن يدفع ١٥٠ جنيه بدلا من توريد القمح [2]

٢) فى الالتزامات البدلية [3]

٦١٧ — ١) الوفاء : لا يجوز الوفاء فى الالتزامات البدلية بجزء من كل شيء من الشيئين اللذين يصح أن يكون كل واحد منهما محلا للوفاء (المادة ١١٩١ فرنسى) وهذا أخذاً بالقاعدة العامة القائلة بانه يجب على المدين ان يقوم فى حالة الوفاء بما التزم به تماماً دون غيره (المادة ١٦٨ / ٢٣١ مدنى و ١٢٤٣ فرنسى) اما اذا نفذ أحد الالتزامين فقد زال عنه التزامه وبرئت ذمته

والاصل فى التعهدات البدلية أن يكون الخيار للمدين (المادة ٩٦/١٥٠ مدنى و ١١٩٠ فرنسى) وهذا أخذاً بالقاعدة العامة القائلة بانه فى حالة الشك يفسر العقد فى مصلحة المدين (المادة ١٤٠ / ٢٠١ مدنى و ١١٦٢ فرنسى) الا اذا وجد بالعقد ما يخالف ذلك وجعل الخيار فيه للدائن نفسه (المادة ٦٩ المذكورة)

٦١٨ — ٢) ضمان الهلاك: [4] اذا هلك الشيئان فى حادث جبرى أو حالة قهرية قبل انذار الدائن للمدين أو استحال الوفاء فيهما معاً انقضى الالتزام عن المدين (المادة ١١٩٥ مدنى فرنسى) وزال عنه الدين . وهذا تطبيق للقاعدة العامة المقررة بالمادة ١٣٠٢ مدنى فرنسى

أما اذا هلك أحد الشيئين أو استحال الوفاء بأحدهما فانه يجب الوفاء بالشيء

---

(١) facultative (٢) سبق ان بينا اننا رأينا ترجمة alternative بالبدلية و facultative بالتخييرية عند ما تكلمنا على الشرط الجزائى فى نبذة ٢٩٢ ص ٢٨١ حاشية ٣ وقد خالفنا فى ذلك فتحى زغلول باشا ـ اما التعاريف العلمية فهى واحدة كما رأينا (٣) obligations alternatives
(٤) risque

الباقى (المادة ٩٧ / ١٥١ مدنى و ١١٩٣ فرنسى) و يعتبر الالتزام فى هـذه الحالة التزاماً بسيطاً غير بدلى [١]

٦١٩ — فى الالتزام البدلى بالتسليم :[٢] متى تنتقل الملكية الى الدائن فى هذا الالتزام ؟ المعقول أن الملكية لا تنتقل الى الدائن الا من وقت حصول اختيار أحد الشيئين ، اذ بالاختيار يتعين الشىء فتتعين الملكية معه ولكن رجال الفقه يقولون بعكس ذلك اذ يرون أن الملكية تتقرر للدائن من وقت حصول العقد أخذاً بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ٩١ / ١٤٥ مدنى و ١١٣٨ فرنسى . أى انه عند حصول الاختيار من جانب المدين (أو الدائن اذ دل العقد على ذلك) أصبح الدائن مالكا لا من تاريخ الاختيار فقط بل من تاريخ العقد ذاته

وعلى ذلك تترتب النتائج الآتية :

١) اذا وقع المدين فى افلاس قبل التسليم جاز للدائن أخذ الشىء من مال المدين دون أن يزاحمه فيه أحد من بقية الدائنين

٢) اذا كان حق الخيار مقرراً للدائن وتصرف المدين فى أحد الشيئين الذى وقع عليه اختيار الدائن جاز للدائن طلب استرداد هذا الشىء فى أى يد وجد بها الا اذا اعترضته قاعدة « حيازة المنقول سند الملكية »

٣) **الفرق بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى:** يظهر لاول وهلة أن التشابه قائم بين هذين النوعين . ولكن يوجد فى الحقيقة بينهما فرق وهو أنه فى الالتزام البدلى يكون محل العقد متعدداً . وأما فى الالتزام التخييرى فان محل العقد واحد وللمدين أن يختار سواه . ويترتب على ذلك ما يأتى

١) فى التعهد التخييرى لا يجوز للدائن مطالبة المدين الا بالشىء الاصلى لا بالشىء الذى قد يختاره المدين محلا للوفاء اذا أراد هو دون غيره . وعلى ذلك لا يجوز للقاضى اكراه المدين على الوفاء الا بالشىء الاصلى فقط واذا تعذر على المدين الوفاء فهو

---

(١) راجع المواد ١١٨٩ ـ ١١٩٦ مدنى فرنسى فنها كفيلة فى بيان هذه المسائل

(٢) obligation alternative de donner

بالخيار ان شاء وفى بالشيء الآخر ولا اكراه عليه فيه، وان شاء دفع قيمة الشيء الأصلي نقداً .

٢) اذا تلف الشيء الاصلي في التعهد التخييري أو ضاع فلا يجوز للدائن اكراه المدين على الوفاء له بالشيء الآخر لان المدين لا يلتزم به الا اذا اختار ذلك واذا تلف الشيء الاصلي بفعله هو وجب عليه الوفاء بمقابل أي الوفاء بالنقد أي دفع التعويض الا اذا اختار الوفاء بالشيء الاخر

٣) في التعهد التخييري يرجع الى الشيء الملتزم به المدين في الاصل لمعرفة ما اذا كان الالتزام بعقار أو بمنقول وعلى العكس من ذلك في حالة الالتزام فان العبرة بما وقع عليه الاختيار

في تعدد العاقدين

٦٢٠ — رأينا فيما مر حالة تعدد محل الالتزام وهو كما قلنا نادر الوقوع في مجال العمل بعكس تعدد العاقدين فانه كثير الحصول وقد كثرت فيه أحكام المحاكم وآراء المفسرين

وتعدد العاقدين على نوعين : اما تعدد من غير تضامن — تعدد بسيط — واما تعدد بتضامن وعلى كل حال اما ان يكون من جانب الدائنين فيكون تعدداً ايجابياً واما ان يكون من جانب المدينين فيكون تعدداً سلبياً .

١) في التعدد البسيط للعاقدين

٦٢١ — يعتبر أن هناك تعدداً بسيطا للعاقدين ، ويقال له بالالتزام المتعدد البسيط [١] اذا تعدد العاقدون من جهة الايجاب أي تعدد الدائنون أو تعدد العاقدون من جهة السلب أي المدينون بحيث انه لا يجوز لكل دائن الا حق المطالبة بنصيبه في الحق . كما انه لا يجوز أن يلزم المدين الا بقدر نصيبه في الدين . ويلاحظ على ذلك بعض المفسرين انه كان يحسن ان يسمى الالتزام في هذه الحالة التزاماً منفصلا [٢] بدلا من تسميته بالالتزام المنضم [٣]

(١) obligation conjointe (٢) obligation disconjointe (٣) obligation conjointe

ويترتب على انفراد كل دائن ومدين بنصيبه ما يأتى :

١) لا يطالب الدائن في جملة الدائنين الا بنصيبه ولا يتقاضى من المدينين الا نصيبه أيضاً ولا شأن له بأنصبة الدائنين الآخرين

٢) اذا حصل انذار من جهة الدائنين الى أحد المدينين فلا يستفيد من هذا الانذار الا الدائن صاحب الانذار دون بقية الدائنين

وعلى ذلك اذا أراد دائن له جملة مدينين انذارهم وجب عليه انذار الكل أي انذار كل واحد على حدة

وفى الشركات المدنية تنعكس صورة هذا النوع من الالتزام البسيط الخالى عن التضامن اذ تقرر المادة ٤٤٣ / ٥٤٠ مدنى و١٨٦٢ فرنسى بانه اذا كان أحد أعضاء الشركة المأذون له بالتعامل مع الغير قد تعامل مع الغير فلا يلزم الاعضاء الآخرون بالتضامن أى أن الشركاء لا يلزمون بالتضامن عن ديون الشركة وهذا يخالف الشركات التجارية ولكن تجب ملاحظة أن القضاء اعترف بالشخصية المعنوية للشركات المدنية . فى هذه الحالة اذا لم يكف رأس مال الشركة للوفاء بديون دائنيها جاز لهؤلاء مقاضاة الاعضاء بالباقى والتنفيذ به على أموالهم الخاصة . ومع جواز هذه المقاضاة فانه يجب اعتبار كل عضو مسئولا عن نصيبه فى الدين

٢) في الالتزام التضامنى

٦٢٢ — للالتزام التضامنى [١] صورتان تضامن بين الدائنين ويسمى بالتضامن الايجابى [٢] ، وتضامن بين المدينين ويسمى بالتضامن السلبى [٣]

١ — فى التضامن الايجابى

٦٢٣ — التضامن الايجابى ، وهو ما يقع بين الدائنين ، هو التضامن الذى يكون من شأنه أن يصبح كل دائن دائناً بكل الدين [٤] ويجوز له مطالبة المدين

---

(١) obligation solidaire (٢) obligation active (٣) solidarité passive
(٤) totalité أو in solidum

بجميع الدين ، واذا وفى المدين بكل الدين لهـذا الدائن وحده برئت ذمته (المادة ١١٩٧ مدنى فرنسى)

وأشار القانون المصرى فى المادة ١٠٧ / ١٦١ مدنى الى هذا النوع من التضامن بانه تفويض من كل من المتعهد لهم للباقين فى استيفاء الشيء المتعهد به

والتضامن بين الدائنين نادر الحصول لانه لا مصلحة للدائن مع الدائنين الآخرين أن يتضامن الكل فى تحصيل الدين وذلك خوفا من احتمال سوء نية المحصل منهم أو اعساره ، وما عليه عند ما يحل وقت الوفاء الا أن يوكل أحد زملائه بتحصيل الدين ان شاء .

ويحصل ان يقع التضامن الايجابى بعد أن يكون قد سبق وجوده على شكل تضامن سلبى أى يتحول التضامن السلبى الى ايجابى لظروف خاصة : مثلا وهب زيد وبكر شيئاً بالتضامن لخالد على شرط قيام هذا الاخير باعمال خاصة . فجاء خالد ولم يقم بها فطلب زيد وبكر ابطال الهبة لهذا السبب . وبذا أصبح كل من زيد وبكر الواهبين دائنا أو مدعيا فى طلب الابطال أى ان له الحق وحده فى مطالبة الموهوب اليه برد الموهوب أى ابطال الهبة جميعها بعد ان كان كل منهما مدينا بالتضامن عن تنفيذ الهبة [1] وهكذا من الامثلة الاخرى المشابهة لهذا المثل كما اذا باع اثنان بالتضامن ثم طلبا فسخ البيع أو أجرا بالتضامن ثم طلبا الفسخ لعدم قيام المستأجر بما هو ملزم به فى العقد .

فى آثار التضامن الايجابي

٦٢٤ — هذه الآثار هى :

١) لكل دائن حق المطالبة بكل الدين (المادة ١٠٧ / ١٦١ مدنى و ١١٩٧ فرنسى) .

٢) اذا أنذر أحد الدائنين المدين أو قطع مدة التقادم المسقط استفاد بقية الدائنين من هذه الاعمال (المادة ١١٩٩ فرنسى)

---

(١) د ١٩١٢ ، ٢ ، ٢٣٣ ومقال بلانيول ـ س ، ١٩١١ ، ٢ ، ٢٥٧ ومقال « تيسيه Tissier »

ولا يجوز لاحد الدائنين التصرف وحده فى الدين جميعه بمعنى انه لا يجوز له التنازل عنه كله الى الغير أو ابراء المدين منه بتمامه الا برضاء جميع الدائنين الشركاء[١] وذلك لانه لا يجوز أن يترتب على التضامن الايجابي اكثر مما قصد منه . وما دام انه قد كان الغرض منه تسهيل طريق الوفاء فى الحصول على الدين جميعه فلا يصح أن يتعدى ذلك

وبناء على هذه القاعدة اذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين من الدين فلا يتناول هذا الابراء اكثر من نصيب الدائن المبرىء (المادة ١١٩٨ مدنى فرنسى وهو حكم عام) . وكذلك اذا طلب أحد الدائنين المتضامنين تحليف المدين اليمين الحاسمة فلا تبرأ ذمة المدين عند الحلف الا بقدر نصيب الدائن طالب اليمين فقط (المادة ١٣٦٥ مدنى فرنسى وهو حكم عام أيضا

٣) اذا دفع المدين الدين كله الى أحد الدائنين المتضامنين برئت ذمته من جميع الدين ، الا اذا تنبه عليه من أحدهم بعدم الوفاء لنزاع قام بينهم (المادة ١١٩٨ مدنى فرنسى)

٤) اذا حصل أحد الدائنين المتضامنين الدين كله وجب عليه تسليم شركائه نصيب كل منهم على حدة

٢ — في التضامن السلبي

٦٢٥ — يغلب التضامن بين المدينين فى مجال العمل . وبه يصح للدائن أن يطلب كل الدين من أى مدين يختاره من بين جماعة المدينين المتضامنين . وفى هذا التضامن ضمان للدائن ضد احتمال أعسار أحد المدينين . وقد جرت العادة على أن لا يقتصر الدائن على طلب التضامن بين مدينيه بل يطلب أيضا التضامن بين المدين وكفيله . وشاعت هذه العادة بحكم العمل في المسائل التجارية حتى أصبح التضامن بين المدينين فى المسائل التجارية من الشروط المفروض وجودها بالعقد رغم عدم النص عليها

---

(١) co-créanciers

والتضامن السلبي اما أن يكون مقرراً بحكم القانون ويسمى بالتضامن القانونى [١] وأما ان يتفق عليه العاقدان فيما بينهم و يسمى بالتضامن التعاقدى

٦٢٦ — ولقد ورثت الشعوب الحاضرة المبادىء العامة للتضامن عن الرومان [٢] وكان الالتزام التضامنى عند الرومان [٣] وسيلة يستعين بها الدائنون ضد مبدأ قسمة الدين ، من طريق العمل على ما فيه مصلحة للدائنين . أو على ما فيه من تحميل المدينين بتكاليف أخرى غير تكاليف الدين . ولقد عني الرومان عناية خاصة بدرس التضامن السلبي هذا ونقله عنهم مفسرو القانون الفرنسى المعروفون قبل سنة ١٨٠٤ وهم « دمولين » و « دوما » و « بوتييه » ولم تخرج الاصول الحاضرة المقررة فى التضامن السلبي فى الشرائع المدنية عما قرره الرومان أنفسهم [٤]

١ — فى مصادر التضامن السلبي

٦٢٧ ـــ الاصل فى الدين بين المدينين الكثيرين أن يقسم فيما بينهم ولا يلزم الواحد منهم الا بنصيبه في الدين قبل الدائن . أى لا يجوز لهذا الاخير مقاضاة الواحد منهم الا بقدر نصيبه . أما التضامن فهو عارض عليهم اذ يرد على خلاف القاعدة الاصلية فهو استثناء عارض عليها حينئذ . لذا يجب أن لا يؤخذ في التضامن بالظن أو الشبهة [٥] (المادة ١٢٠٢ مدنى فرنسى) بل يجب أن يكون منصوصا عليه فى العقد الحاصل بين الطرفين أوفى القانون نفسه (المادة ١٠٨ فقرة أولى/١٦٢ مدنى) ولذا يجب على القضاء في حكمه بالتضامن أن يبين الظروف والوقائع التى استند اليها في تقريره والا تعرض حكمه للنقض فيما اذا كان الامر المدنى متصلا بأمر جنائى

ومصادر التضامن على نوعين اما رضاء العاقدين ، واما القانون

§ ١ — المصدر الاول للتضامن السلبي

رضاء العاقدين

٦٢٨ ـــ قلنا إن التضامن لا يؤخذ فيه بالظن بل يجب النص عليه بعبارة

---

(١) solidarité légale (٢) وكان هؤلاء يسمونه corréalité (٣) obligation- corréale (٤) وكان قدماء الفرنسيين يسمون التضامن solidité لا solidarité . ـ كولين وكابتان ج ٢ ص ١٨٠ (٥) la solidarité ne se présume point

واضحة ولا يشترط فى ذلك صيغة خاصة . بل يمكن أن تنم عبارات العقد على التضامن . ويثبت التضامن بوسائل الاثبات المقررة قانونا أى أنه خاضع لقيود الاثبات الكتابي والقولى (المادة ٢١٥ / ٢٨٠ مدنى و ١٣٤١ و١٣٤٨ فرنسى)

أما فى المسائل التجارية فقد جرت العادة على اعتبار التضامن مأخوذاً به رغم عدم النص عليه كما قدمنا فى نبذة ٦٢٥

٢ المصدر الثاني للتضامن السلبي

القانون

٦٢٩ – يرجع القانون فى تقريره التضامن الى أصول ثلاثة

١ – اما أنه يعبر عن غرض العاقدين أى يفترض ان العاقدين أرادا فعلا التضامن ويحصل ذلك فيما يأتى :

١) يقضى بالتضامن فى حالة عارية الاستعمال[١] فى القانون الفرنسى (المادة ١٨٨٧ مدنى فرنسى) وان اعترض بأن التضامن لا يؤخذ فيه لا من طريق الظن أو القياس بل لا بد فيه من نص بالعقد أو بالقانون ، إلا أنه يظهر أن الشارع المصرى لم يذكر التضامن هنا لانه لا بد منه ما دام كل من المستعيرين مسئولا ازاء الدائن عن الشيء جميعه لا عن جزء منه فاذا تلف الشيء المستعار فلا يلتزم بالرد من أتلفه فقط بل من أتلف ومن لم يتلف لانه مطالب برد الشيء كله سليما . والالتزام بالرد هنا غير قابل للتجزئة . وسنرى فيما بعد حكم الالتزام غير القابل للتجزئة ووجه الشبه بينه وبين التضامن

٢ – اذا وكل جملة أشخاص شخصا للقيام لهم ولمصلحتهم بعمل خاص بهم جميعا كما جاء فى المادة ٢٠٥٢ مدنى فرنسى التى لم يرد لها مثيل فى القانون المصرى ولذا لا نستطيع القول بهذه القاعدة فيه، الا اذا فهم من عبارة العقد بأن الكل متضامنون فى المصلحة الشاملة لهم

٣) أعضاء شركة التضامن متضامنون بالنسبة للديون المطلوبة على الشركة حتى لو أمضى واحد منهم فقط على العقد مادام العقد متعلقا بأعمال الشركة (المادة ٢٢ / ٢٨ تجارى و ٢٢ فرنسى)

---

(١) prêt à usage أو commodat

٤) يتضامن جميع من أمضوا أو رهنوا أوحولوا كمبيالة مع بعضهم البعض ازاء حاملها (المادة ١٣٧ / ١٤٤ تجارى و ١٤٠ فرنسى) وتتمشى هذه القاعدة أيضاً على السند تحت الاذن اذا كان متعلقا بعمل تجارى بمقتضى المادة ٢ / ٢ و ٣ تجارى فرنسى و ١٨٩ / ١٩٦ تجارى و ١٨٧ فرنسى)

٦٣٠ ـ ٢) واما أن يقرر القانون التضامن من أجل حماية الدائن القاصر مثلا ولاجل تقرير ضمان له من جانب شخص بالغ كما فعل القانون الفرنسى بشأن القاصر اذا تعينت أمه وزوجها وصيين عليه (المواد ٣٩٥ و ٣٩٦ مدنى فرنسى) ولا شبيه لهذا التضامن فى القانون المصرى

٦٣١ ـ ٣) وإما أن يقرر القانون التضامن جزاء لما وقع من الخطأ [1] من أفراد اشتركوا فى وقوعه معا ويسمى الخطأ فى هذه الحالة بالتقصير أو الخطأ المشترك [2] ومن العدل أن يتحمل الكل بالتضامن مسئولية الضرر الناشئ عن هذا العمل المشترك

وقد ذكر القانون فى المادة ١٥٠ / ٢١١ مدنى انه يقضى بالتضامن فى جميع الاحوال الواردة بعد هذه المادة أى من ١٥١ — ١٥٣ / ٢١٢ ـ ٢١٥ مدنى بمعنى أنه يقضى بالتضامن فى حالة التقصير أو الخطأ المشترك سواء أكان الخطأ مدنيا أم جنائيا وقرر القانون فى المادة ١٤٩ / ٢١٠ مدنى ان الاحوال المنوه عنها قبل هذه المادة أى من ١٤٤ ـ ١٤٨ / ٢٠٥ ـ ٢٠٩ مدنى لا يجوز الحكم فيها بالتضامن وهى الاحوال الخاصة بأعمال الفضولى والمدفوع بغير حق والالتزام الطبيعى

٦٣٢ ـ وأما الاحوال التى قضى فيها القانون بالتضامن فى حالة التقصير أو الخطأ المشترك فهى التى تتعلق بالخطأ على اختلاف أنواعه سواء أكان واقعا من شخص أم من شىء مملوك لشخص ، على شخص او على شىء مملوك لشخص

وهذا النص المصرى ١٥٠ / ٢١١ مدنى ليس له شبيه فى القانون الفرنسى ولكن القاعدة التى قررها هى وليدة القضاء الفرنسى ووليدة العادات القديمة الفرنسية

وبيان ذلك أن الرومان قرروا هذا التضامن فى حالة التقصير المشترك ثم جاء بوتييه وقرر هو الآخر هذه النظرية بعينها . ولكن الشارحين عارضوا كثيراً فى

(1) sanction d'une faute (2) faute commune

الاخذ بها لانها مناقضة لما قررته المادة ١٢٠٢ مدنى فرنسى التى قضت بأن لا يؤخذ في التضامن بالظن ولما كان القضاء الفرنسى جاداً في الاخذ بها فقد رد على هذا الاعتراض بقوله ان المادة ١٢٠٢ المذكورة خاصة فقط بالعقود

قرر القضاء الفرنسى قاعدة التضامن فى التقصير المشترك بطريقة مطردة. ولكنه لم يثبت على حالة واحدة في تبيين الاساس القانونى لهذه القاعدة فاستند بعض الاحكام الفرنسية الى المادة ٥٥ عقوبات فرنسى القائلة بأن الاشخاص المحكوم عليهم معاً فى جناية أو جنحة واحدة يلزمون جميعاً بالتضامن بالغرامات والرد [١] والتعويض والمصاريف (ولا شبيه لهذه المادة بقانون العقوبات المصرى)

ولكن الاحكام الفرنسية الاخيرة تميل الى اعتبار آخر اذ تقول بانها تحكم بالتضامن لأنه من المستحيل عليها تعيين نصيب كل من المسئولين فى المسئولية الناشئة عن الجنحة المدنية [٢] وتستند أحيانا الى القول بعدم قابلية الخطأ فى ذاته الى التجزئة [٣] ولم يخرج هذا الرأى عن سابقه بل هو صورة منه [٤] ويترتب على الاخذ بمبدأ استحالة التجزئة وتعذر تعيين الانصبة في المسئولية بانه لا محل للتضامن كلما سهلت عملية التجزئة هذه وأمكن الاخذ بها وعلى ذلك يمتاز التضامن المنوه عنه بالمادة ٥٥ عقوبات فرنسى عن التضامن الناشئ عن الجنح المدنية الصرفة فى أن الاول لا بد من الحكم به وأنه لا عبرة مطلقا بما اذا كان من الممكن تعيين نصيب كل من المتهمين فى التهمة ومبلغ أثره فيها

هذا هو رأي القضاء الفرنسى ومبلغ ما وصل اليه فى تقرير نظرية التضامن فى المسئولية الناشئة عن التقصير أو الخطأ المشترك . أما القانون المصري فانه رأى تقرير قاعدة التضامن هذه بنص صريح (المادة ١٥٠ / ٢١١ مدنى) ويجب الاخذ بها أمام القضاء المدنى المحض وأمام القضاء الجنائى فيما يتعلق بالتعويض المدنى والرد والمصاريف المدنية فقط . وأما التضامن فى العقوبة ، أى الغرامات ، فلا يمكن الاخذ به لانه لا نص عليه ولأنه مخالف لمبدأ الشخصية فى العقوبة [٥]

---

(١) restitution (٢) د . ١٩٠٨ ، ١ ، ١٣٩ — س ١٩٠٨ ، ١ ، ١٨٣ — س ١٩١٢ ، ١ ، ١٣ (٣) indivisibilité de la faute (٤) د . ١٩٠٦ ، ١ ، ٥٧ — س . ١٩٠٥ . ١ . ٧٢ (٥) personnalité des peines

٦٣٣ — هذا ولا شك فى أن الشارع المصرى نقل المادة ١٥٠/٢١١ مدنى عن القضاء الفرنسى سنة ١٨٧٥ و ١٨٨٣ . وقد أخذت الشرائع الحاضرة بما قرره القضاء الفرنسى . فعل ذلك القانون الالمانى بالمادة ٨٣٠ مدنى إذ قررت ما يأتى « اذا تسبب جملة أشخاص فى احداث ضرر بناء على عمل غير مشروع قاموا به معا ، أصبح كل واحد مسئولا عن الضرر . وكذلك الحال أيضا فيما اذا كان لا يمكن معرفة من الذى أحدث الضرر بتقصيره أو خطئه » ثم قررت المادة ٨٤٠ مدنى ألمانى تتميما للمبدأ المذكور بالمادة السابقة ما يأتى : « اذا أصبح جملة أشخاص مسئولين معا عن عمل غير مشروع وجب اعتبارهم كمدينين متضامنين » فقررت المادة الاولى مسئولية الجميع ، وقررت المادة الثانية التضامن في المسئولية

٦٣٤ — وكذلك فعل قانون الالتزامات السويسرى اذ قررت المادة ٥٠ فقرة أولى منه ما يأتى : « اذا تسبب جملة أشخاص في احداث ضرر معا أصبحوا مسئولين بالتضامن عن اصلاح ما أفسدوه دون التمييز بين الموعز أى المحرض[1] والفاعل الاصلى والشريك »

وأخيراً قرر القانون الايطالى بالمادة ١١٥٦ مدنى بانه « اذا نسبت الجنحة أو شبه الجنحة الى جملة أشخاص أصبحوا مسئولين جميعا بالتضامن فى اصلاح ما أحدثوه من الضرر »

ويدخل تحت هذا النوع ، أى التقصير المشترك ، مسئولية المهندس المعمارى والمقاول بالتضامن مدة عشر سنوات عن خلل البناء (المادة ٤٠٩/٥٠٠ مدنى و ١٧٩٢ فرنسى) والتضامن هذا هو تضامن قانونى لأن القانون نفسه هو الذى قال به

ب — فى آثار التضامن

٦٣٥ — للتضامن آثار تتعلق بربط المدينين المتضامنين كتلة واحدة مع دائنيهم وهى على هذا الاعتبار اما عامة واما خاصة ، أى اصلية أوقانونية

(١) instigateur

§ ١ – فى الآثار الاصلية للتضامن

٦٣٦ – يقول الرومان ، وهم واضعو الاسس الاولى للتضامن الحاضر ، أن للالتزام التضامني محلا أو موضوعا واحداً لا يتعدد[١] بمعنى أن البائعين لعقار بالتضامن مثلا ملزمون جميعا بتسليم العقار المبيع للمشترى . وملزمون أيضا وجميعا بان يضمنوا للمشتري وضع اليد السلمى الهادئ[٢]

٦٣٧ – هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الشيء الواحد الذى التزم به الجميع يصبح كل واحد منهم بمفرده مسئولا به ازاء الدائن . وعلى ذلك نقول بان الروابط القانونية تتعدد هنا بتعدد المدينين المتضامنين. ومع تعدد روابط الالتزام فان وحدة الشيء ، وهو موضوع الالتزام ، واحدة لا تتعدد

ومن تعدد روابط الالتزام ووحدة موضوع الالتزام تتكون نظرية الآثار العامة للتضامن ، أى الآثار الخاصة بربط المدينين المتضامنين مع دائنهم

١ . ـ الاثر الاول من الآثار العامة : المدينون المتضامنون ملزمون جميعاً بشيء واحد لا يتعدد

٦٣٩ – يترتب على وحدة موضوع الالتزام التضامني وعدم تعدده ما يأتى :

١) للدائن الحق فى اختيار أحد المدينين المتضامنين ومطالبته بالدين جميعه . وهذا ما يسمى بحق الاختيار[٣] وهو حر فى اختيار من يشاء من بينهم لمقاضاته أو مقاضاتهم معاً وجميعاً من باب أولى (المادة ١٠٩ / ١٦٥ مدنى و ١٢٠٣ فرنسى) واذا اختار واحداً منهم دون الباقى فقد عرض هذا الواحد الى الخطر الذى يمكن أن ينشأ عن اعسار الباقين وهو ما يسمى « بخطر الدفع مقدما »[٤] ولكن للمدين هذا حق طلب ادخال بقية المدينين المتضامنين معه خصوما فى الدعوى باعتبارهم ضامنين له فى هذا الدين وهو ما يسمى بالدفع بطلب ادخال ضامن[٥] (المادة

---

(١) seul et même objet أى eadem res و eadem pecunia (٢) libre et- paisible possession (٣) droit d'élection كابتان ص ١٨٤ (٤) péril de l'avance (٥) exception dilatoire de garantie

١٤١/١٥٧ مرافعات و ١٧٥ فرنسي) ولكن لن يعود وراء دخول الضامنين نفع اذا كانوا معسرين . ومعلوم أن الدائن حر في اختيار من يشاء للتنفيذ عليه بكل الدين فيما اذا أخذ حكما ضد الجميع

٢) اذا وفى أحد المدينين المتضامنين بالدين انقضى الالتزام بالوفاء وتقطعت معه روابط الالتزام التي كانت تربط جميع المدينين بالدائن

٣) للمدين المطالب بالدين حق التمسك قبل الدائن بجميع الدفوع الخاصة بنفس الالتزام (المادة ١١٢/١٦٨ مدني و ١٢٠٨ فرنسي [١]) فله رفع الدعوى بعدم مشروعية الالتزام أو عدم وجود سبب له أو بعدم توافر الشروط الشكلية الخاصة بالعقد [٢] اذا كان العقد من العقود الخاضعة حتما لشكل خاص . وله أيضا دفعها بحصول غش أو اكراه وقت التعاقد اذا كان الكل فيه سواء (أي جميع المدينين). وله دفع الدعوى بأسباب انقضاء الالتزام جميعه كالتقادم والوفاء وتلف الشيء أو ضياعه ، أو تحقق الشرط الفاسخ للالتزام . وللمدين الحق في دفع الدعوى بالابراء إذا حصل ابراء من الدائن عن جميع الدين الى أحد المدينين لان الابراء إما أن يكون حاصلا عن نصيب المدين فقط وإما عن جميع الدين . فاذا كان الاول فلا يستفيد منه الا من وقع له . واذا كان الثاني استفاد منه جميع المدينين . وفي هذه الحالة لا يؤخذ في الابراء الكلي بالظن والتخمين بل لا بد فيه من نص صريح (المادة ١١٤/١٧٠ مدني) وعند عدم النص الصريح على الابراء من جميع الدين يجب قصر الابراء على المدين الذي توجه اليه الابراء فقط المادة ١٨٢/٢٤٥ مدني)

٢ . ـ الاثر الثاني من الآثار العامة

كل مدين متضامن ملزم ازاء الدائن برباط خاص به

٦٤٠ — قلنا إنه مع وحدة موضوع الالتزام تتعدد روابط الملتزمين وقد رأينا ما يترتب على وحدة الموضوع ولننظر الآن في تعدد الروابط

يترتب على تعدد روابط الالتزام التضامني ما يأتي :

(١) ويجوز للكفيل المتضامن ان يدفع دعوى الدائن بكل الدفوع الخاصة بالدين الاصلي وعلى الاخص المقاصة بين الدين وما هو بذمة الدائن للمدين : ٢٠ ابريل سنة ٩١١ ، ٢٣ ، ٢٧٣

(٢) solennité

١) اذا اقتصر الدائن على مقاضاة مدين واحد دون الباقين ولم يحصل منه الا على جزء من دينه جاز له مقاضاة الآخرين لتحصيل ما بقى له من الدين، وجاز له مقاضاة الباقين أيضا لاجل مطالبة الكل بجميع الدين [١] وهذا المبدأ على عكس ما كان عليه الرومان حيث كانوا يقررون انه بمجرد أن يتم الاشهاد على الخصومة [٢] بين الدائن والمدين المتضامن، وهو المدعى عليه وحده في الدعوى، تبرأ ذمة بقية المدينين المتضامنين .

٢) ما دام كل مدين مرتبطا بالدائن بربط خاص فانه يترتب على ذلك اختلاف في الروابط ترجع لاختلاف أشخاص المدينين . مثلا

١ . — اذا شاب رضاء المدين المتضامن عيبٌ كالغلط والغش والاكراه، أو كان مفقود الاهلية

٢ . — اذا تعاقد المدين المتضامن تحت شرط وتعاقد زملاؤه تعاقداً بسيطاً ففي هاتين الحالتين يجوز للمدين هذا وحده دون غيره من بقية المدينين المتضامنين دفع الدعوى بهذا الدفع الخاص به (المادة ١١٢ /١٦٨ مدنى و١٢٠٨ فرنسى)

٣ — يحصل أن ينقضى الالتزام التضامني بالنسبة لاحد المدينين دون الاخرين. كما يحصل ذلك فيما اذا أبرأ الدائن هذا المدين وحده من الدين أو أن هذا المدين أصبح هو الآخر دائنا لمدينه فيلتقى الدينان قصاصا فتبرأ ذمة المدين بالمقاصة أو أن المدين يصبح دائنا لمدينه من طريق اتحاد الذمة فيسقط عنه الالتزام أيضا (المادة ١١٣/ ١٦٩ مدنى و١٢٩٤ فقرة ٣ فرنسى)

٦٤١ — هذه الاحوال الخاصة يستفيد منها المدين المتضامن الذى تعلقت به دون غيره ولكن اذا كانت لا يستفيد منها الا المدين نفسه ألا يجوز مع ذلك أن يستفيد منها بقية المدينين بقدر نصيب هذا المدين. يعني انه اذا كانوا ثلاثة مثلا وكان الدين ١٢٠ جنيها وحصل الابراء في ٤٠ وطالب الدائن الاثنين الاخرين بالدين كله ١٢٠ جنيها أفيكون لهذين الاخرين دفع الدعوى بمقدار ٤٠ وهو نصيب زميلهم والزامهم فقط بمبلغ ٨٠ جنيها ؟ الجواب على ذلك يستلزم التفصيل

---

(١) المادة ١٢٠٤ مدنى فرنسى وهو حكم علم تقضى به طبيعة التضامن الآن

(٢) litis contestation

أولا : **حالة الابراء واتحاد الذمة** : يصح التمسك بالانقضاء الجزئي وخصم مقداره من الدين الكلي في حالة ابراء الدائن أحد المدينين ابراء شخصيا خاصا وكذلك في حالة اتحاد الذمة كما اذا أصبح الدائن وارثا لاحد المدينين (المادة ١١٣ / ١٦٩ مدني و ١٢٠٩ و ١٣٠١ فقرة ٣ فرنسي) [(١)]

ثانياً : **حالة تصالح التاجر المفلس مع دائنيه** [(٢)] : لايجوز للمدينين المتضامنين مع المفلس أن يتمسكوا بهذا التصالح وذلك لان الدائن الذى تنازل عن جزء من دينه أي رضي بالابراء التصالحي [(٣)] قد كان مكرهاً على هذا الابراء ولو الى حد ما ، ويبقى المدين بعد التصالح مسئولا بطريق الالتزام الطبيعي عن اداء الباقي عليه كما توضح في نبذة ٣٧٣ ص ٣٦٤ و ٣٦٦ . هذا وقد يصعب تبرير هذه القاعدة اذا كان التصالح مع المفلس ابراء جزئياً ولكن الحقيقة أنه ليس ابراء جزئياً نهائياً وهذه القاعدة مأخوذ بها ومسلم بصحتها في القانون التجاري [(٤)]

ثالثا : **في حالة المقاصة** : وفيها التفصيل الآتي في النبذة التالية :

٦٤٢ — في المقاصة تفصيل في القانون الفرنسي بحسب المادة ١٢٩٤ فقرة ٣ وفي القانون المصري بحسب المادتين ١١٣ و ٢٠١ مدني وبيانه :

أولا — **القانون الفرنسي** : قرر في المادة ١٢٩٤ فقرة ٣ مدني ما يأتي :

« وكذلك لا يجوز للمدين المتضامن الاحتجاج بالمقاصة الحاصله بين دائنه وشريكه المدين المتضامن معه » مثلا : زيد يداين بكراً وخالداً بالتضامن في مبلغ ٢٠٠ جنيه ثم أصبح زيد مدينا لبكر في مبلغ ٢٠٠ جنيه . فاذا طالب زيد بكراً بالدين كله جاز لهذا الاخير دفع الدعوى بالمقاصة وفي هذه الحالة تبرأ ذمة بكر وتبرأ ذمة خالد أيضا ازاء زيد . ولكن لا تبرأ ذمة خالد ازاء بكر في نصيبه هو (أي نصيب خالد في الدين وهو ١٠٠ جنيه)

أما اذا طالب زيد خالداً بالدين كله فلا يجوز لخالد دفع الدعوى بالمقاصة الحاصلة بين زميله بكر ودائنه زيد ، حتى ولا بمقدار نصيب بكر في الدين (والمفروض ان

(١) ٣ مايو سنة ١٩١٧ ، ٢٩ ، ٣ ، ٤٠ (٢) concordat (٣) Remise concordataire
(٤) انظر تالير في التجاري ن ٢١٠٢ - ٢١٠٦ ص ١٠٧٥ .

زيداً لم يطالب بكراً ولم يتمسك هذا الاخير قبله بالمقاصة طبعا) والسبب فى ذلك ان حق بكر قبل زيد لا علاقة له بخالد ، ولا يجوز لخالد التمسك به لانه أجنبى عنه ، ولان المقاصة والدفع بها من المسائل الشخصية التى تربط بكراً بزيد بحيث يجوز لبكر أن لا يتمسك بالمقاصة قبل زيد ، وفى هذه الحالة يدفع الدين كله ويرجع على خالد بنصيبه وهو ١٠٠ جنيه . انما يرجع بكر بعد ذلك على زيد ويطالبه بمبلغ الـ ٢٠٠ جنيه المطلوبة له قبله ، وهو وشأنه معه فيما اذا أعسر زيد أو لم يعسر

ثانياً — **القانون المصرى** : فى القانون المصرى مادتان ١١٣ و ٢٠١ مدنى قد تظهر عليهما أمارات التعارض أو التناقض . تقول أولاهما ما يأتى : « لا يجوز لاحد المدينين المتضامنين لبعضهم فى الدين ان يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن ... » هذا هو الجزء الهام من المادة وهو المقصود بالذات . ثم ورد بعده الجزء الآتى : « ... واذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو احد المدينين المتضامنين لبعضهم بصفتى دائن ومدين في آن واحد بدين واحد جاز لـكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين . » واوردنا اثبات هذا الجزء الاخير من المادة لبيان قوة الشطر الاول

وذكرت المادة ٢٠١ انه « لا يجوز لاحد المدينين المتضامنين ان يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المذكورين الا بقدر حصتهم في الدين »

ومن مقارنة المادة ١١٣ فى شطرها الاول مع المادة ٢٠١ نرى ان التناقض ظاهر . إذ بينما الاولى تقول بعدم جواز التمسك بالمقاصة الحاصلة بين احد المدينين المتضامنين والدائن — وهى تحكي بذلك المادة ١٢٩٤ فقرة ٣ مدنى فرنسى — إذ تقول الثانية بجوازها بقدر نصيب المدين الذى تقاص مع الدائن (وهى تعارض المادة ١٢٩٤ فقرة ٣ مدنى فرنسى)

فبأى المادتين يجب الاخذ ؟ هل يؤخذ بالاولى دون الثانيه ، أو بالثانية دون الاولى ، أو لا يؤخذ بهما معا لتلاشيهما بالتناقض ويرجع حينئذ الى العدالة ؟ هناك رأيان : رأى قال به دى هلس . ورأى اخذ به فتحى باشا زغلول

٦٤٣ — **رأى دى هلس:** يرى دى هلس[1] ان المادة ١١٣ خاصة بالصور التى تكون فيها المقاصة حاصلة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين فى الدين كله ، فلا يجوز لمن رفعت عليه الدعوى ان يحتج بها على انقضاء الدين كله كما يحتج بها من حصلت معه »[2]

ثم رأى دى هلس ان يوضح هذه القاعدة بالمثل الآتى : زيد يدين بكراً وخالداً وعليا فى اثنى عشر الف فرنك . ثم صار مدينا لبكر في خمسة عشر الف فرنك . وأقام زيد دعوي على خالد يطلب دينه . لا يجوز لخالد أن يدفع بانقضاء الدين كله بسبب المقاصة بين زيد وبكر ويمتنع من دفع جزء منه بتلك الحجة كما لو كان هو بكراً المدعى عليه . والسبب فى ذلك عدم التحقق من ان بكراً لا يبطل المقاصة بتركها ، وان كانت واقعة حين التقاضى . لأن الترك يسرى على الماضى ، أى يجعل المقاصة كأن لم تقع »

ثم قال دى هلس عقب ذلك ما يأتى : « الا انه من المبادئ المسلم بها ان هذا الترك لا يترتب عليه ضرر لباقى المدينين المتضامنين ، بل حالتهم بعده تبقى كما كانت قبله . وحالتهم قبل الترك هى براءتهم من دين زيد وصيرورتهم مدينين لبكر كل بقدر نصيبه بعد اسقاط نصيب بكر المذكور وهذه الحالة هى التى اراد القانون الاحتفاظ بها فى المادة ٢٠١ أعنى ان خالداً وعلياً يحتجان بالمقاصة بقدر نصيب بكر وهو أربعة آلاف »

وملخص ذلك كله أن خالداً وعليا لا يحتجان بالمقاصة الحاصلة فى كل الدين بل يحتجان فقط بالمقاصة الحاصلة فى نصيب بكر فقط .وعلى الشطر الاول تسرى المادة ١١٣ القاضية بالمنع الكلى.وعلى الشطر الثانى تسرى المادة ٢٠١ القاضية بالمنع البعضى أى ان مجال المادة ١١٣ هو عدم جواز التمسك بالمقاصة فى كل الدين : وأما مجال الأخذ بالمادة ٢٠١ فهو جواز التمسك بالمقاصة فى نصيب المدين الذى تقاص مع الدائن

هذا ويلاحظ « دى هلس » بحق انه : « مما لا شبهة فيه ان نص المادتين ١١٣ و ٢٠١ قاصر على حالة ما اذا لم يكن صاحب المقاصة قد احتج بها اما اذا كان قد

(١) ج ٣ ص ١٤٨ ـ ١٥١ ن ١١٥ ـ ١٢٠ (٢) هذه الترجمة وما بعدها مما ننقله عن دى هلس ترجمة فتحى باشا زغلول بكتابه شرح القانون المدنى ص ١٦٦ ـ ١٦٧

نعل فان الدين كله يسقط ولا يعود للدائن حق قبل باقى الدائنين ويصبح كل واحد من هؤلاء مسئولا لصاحب المقاصة بنصيبه فى الدين اذا قبلت المقاصة أمام القضاء ، أما اذا رفضت فيقضى عليه بدفع الدين كله »

وهذا هو عين ما قررناه فى تفسير المادة ١٢٩٤ فقرة ٣ فرنسى لانه لا يمكن أن يكون القول على خلاف ذلك ، ما دام الدفع بالمقاصة وفاء بالمعنى . فاذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدين كله سواء أكان الوفاء بالنقد أم بعملة المقاصة، فلا يجوز الرجوع على المدينين الآخرين

وعلى ذلك يكون «دى هلس» قد وفق بين النصين ولم يشأ ان يقضى على أحدهما بالآخر أى انه لم يعتبر ان الثانى ناسخ للاول . وهذا على خلاف ما ذهب اليه فتحى باشا زغلول

٦٤٤ — رأى فتحى باشا زغلول : يلاحظ فتحى باشا زغلول (ص١٦٩ من كتابه شرح القانون المدنى) « ان المادة ١١٣ اشتملت على حكمين أحدهما خاص بالمقاصة والثانى خاص باتحاد الذمة فمنعت التمسك بالاولى وأجازت التمسك بالثانية على قدر نصيب من اتحدت الذمة فيه وسياق النصين اثر بعضهما يؤدى حتما الى القول بن الممنوع ممنوع مطلقا أى كله وجزؤه »

ثم قال فتحى باشا زغلول (ص ١٢٠) « بان الشارع أراد بالمادة ٢٠١ ان يخالف عمداً ما قررته المادة ١٢٩٤ فقرة ٣ فرنسى بعد أن نسى ما نقله فى المادة ١١٣ . ولا حرج بعد ما تقدم بان النص الاول جاء عفواً لوجود النص الثانى بعده ناسخا . وان لم يكن نص المادة ١١٣ قد وضع بلا التفات فنص المادة ٢٠١ الوارد بعده وضع بالتفات تام وهو لذلك ناسخ له بالضرورة » .

٦٤٥ — ويريد فتحى باشا زغلول بذلك كله أن يقول بان المادة ٢٠١ نسخت المادة ١١٣ أي أن المادة ١١٣ أصبحت ولا وجود لها فى عالم التشريع المصرى ، فيما يتعلق على الاقل بالشطر الاول منها ، وأن المادة ٢٠١ هى التى يجب الاخذ بها

ولكننا لو جارينا فتحى باشا زغلول فى رأيه هذا لرأينا أنه من نتائج الاخذ بالمادة

٢٠١ انه يجوز الاخذ بالمقاصة بقدر نصيب الدين الذي تقاص مع الدائن لا بقدر الدين كله الذي حصلت فيه المقاصة فالدفع بالمقاصة في كل الدين محظور على المدين ، والدفع مباح بالمقاصة في نصيب الدين المتقاص

واذا كان الامر كذلك أصبحت المادة ٢٠١ لا تتعارض مع المادة ١١٣ ولانه لا يمكن تفسير المادة ١١٣ الا بانها حظرت التمسك بالمقاصة في الدين كله ولذا فانا نرجح الاخذ بمذهب « دي هلس » دون مذهب فتحي باشا زغلول لان طريقة التوفيق بين المواد وعدم العمل على نسخ احداها بالاخرى هي أسلم وسائل التفسير في القانون وأضمن لمواد القانون في إعمال الكلام أولى من اهماله يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى [1]

على انه لو أخذ برأي دي هلس أو رأي فتحي باشا زغلول فان المذهبين متفقان على تفسير المادة ٢٠١ . وانما محل الخلف بينهما هل مع الاتفاق على تفسير المادة ٢٠١ يبقى مع ذلك أثر للمادة ١١٣ ؟ يقول دي هلس بالاثر و يقول فتحي باشا بعدم الاثر وسواء أكان هذا أم ذاك فان معني المادة ١١٣ منطو تحت نص المادة ٢٠١ . لان هذه المادة في اجازتها التمسك بالمقاصة بقدر نصيب المدين المتقاص ، أرادت بذلك أن تحظر التمسك بالمقاصة في كل الدين . وهذا هو عين ما ارادته المادة ١١٣ . فكيف يمكن بعد ذلك ، القول بنسخها وعدم وجودها . أن الذي جعل فتحي باشا يقول بنسخها هو ورودها بشكل عام أي أنه يحتمل أن ترمي الى الحظر في التمسك بالمقاصة في الدين كله أو بعضه ولكن لا يمكن مع ذلك ، القول بنسخها ما دامت المادة ٢٠١ تؤيدها في شطر من شطري معناها . أي أنها تؤيدها في الحظر الجزئي نصا ، وتؤيدها في الحظر الكلي ضمناً كما بينا ذلك

٥٤٦ — ونخرج من ذلك كله الى القول بانه لا تعارض ولا تناسخ ، وان المادتين ١١٣ و ٢٠١ متفقتان مبنى ومعنى ، وان الشارع المصري أراد بهما مخالفة المادة ١٢٩٤ فقرة ٣ مخالفة صريحة كما بينا . انما يجب أن نلاحظ أن القانون المصري والقانون الفرنسي يتفقان في مسئلة واحدة وهو ما اذا كان الدين المتقاص

(١) كتاب شرح المجلة طبعة سنة ١٨٨٨ ج ١ ص ٣٥ المادة ٦٠

قد تمسك بالمقاصة . اذ فى هذه الحالة يعتبر الدين مدفوعا بعملة المقاصة الى الدائن فلا يجوز لهذا الاخير مطالبة المدينين الآخرين به ، اذ لهم ، ولا شبهة ، حق دفع الدعوى قبله بحصول المقاصة السابقة [1]

٤) ما دام أن لكل مدين متضامن رباطا خاصاً يربطه بدائنه فانه يترتب على ذلك نتيجة خاصة أيضاً في حلة وفاة المدين المتضامن. فاذا كان المدينون المتضامنون ثلاثة ودينهم ٣٠٠ جنيه ومات أحدهم وترك ولدين وجب على هذين الولدين الوفاء بكل الدين أيضاً أى ٣٠٠ جنيه ولكن لا يلزم كل منهما إلا بمبلغ ١٥٠ جنيها أى لا تضامن بين الوارثين أما التضامن بين المدينين الآخرين فانه لا زال قائما . وكل هذا يرجع لتلك القاعدة التى قررناها وهى « وحدة الموضوع وتعدد الروابط القانونية » إلا اذا ورد بالعقد ما يفيد التضامن وعدم قابلية الدين للتجزئة [2] ولكن هل تستقيم هذه القاعدة الاخيرة الرابعة مع القاعدة الشرعية الاسلامية فى أن « لا تركة الا بعد وفاء دين » ؟ بمعنى أنه اذا طالب الدائن وارثى المدين المتضامن بمبلغ ٣٠٠ جنيه فهل يجوز لكل وارث أن يتمسك بانه لا يلزم الا بنصيبه فقط وعلى ذلك يتحمل الدائن اعسار الوارث الآخر فيما اذا لم يدفع هذا الاخير دينه ؟ الذي نقول به أن القاعدة الشرعية تتنافى مع هذه القاعدة الرابعة إلا فى حالة ما اذا خاصم الدائن التركة فى شخص جميع الورثة باعتبارها كائنا معنويا حتى تمام التصفية لان الاعسار الاحتمالى يتحمله الورثة قبل الدائن ، ولان الوارث لا يأخذ شيئا من التركة الا بعد استيفاء ديونها المحملة بها

§ ٢ — فى الآثار الثانوية للتضامن

٦٤٧ — من شأن وحدة الموضوع فى الالتزام التضامني أن تقرر آثار ثانوية هامة تمشى على المدينين المتضامنين . ومن شأن هذه القواعد تقوية الضمان المقرر للدائن . وترجع هذه الآثار الى الوكالة المتبادلة [3] الموجودة بين المدينين

(١) ٢٠ ابريل سنة ٩١٠ ، ٢٣ ، ١٧٣ ، ويصح للضامن المتضامن ان يدفع دعوى الدائن بالمقاصة ٢١ ابريل سنة ٩٠٩ ، ٢١ ، ٣٨٣ (٢) solidairement et indivisiblement
(٣) mandat mutuel

المتضامنين ، أى أن كلا منهم وكيل وكفيل للآخر وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٨ / ١٦٢ فقرة ثانية / ١٦٢ و١٦٣ و١٦٤ مدنى

أما هذه الآثار فهى :

٦٤٨ — ١) الانذار [1] الموجه من الدائن لاحد المدينين المتضامنين يسرى على الجميع أى على من وجه اليه وعلى من لم يوجه اليه . وقررت المادة ١١٠ / ١٦٦ مدنى فى ذلك ما يأتى : « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية واقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين » (راجع المادتين ١٢٠٥ و١٢٠٧ مدنى فرنسى) وهذه القاعدة قديمة ومن آثارها اقتصاد فى المصاريف التى ربما كانت تكثر على المدين [2] ويترتب على هذه القاعدة ما يأتى :

١ — تسري الفوائد القانونية فى القانون المصرى لمصلحة الدائن ضد جميع المدينين من وقت رفع الدعوى على أحدهم (المادة ١٢٠٧ فرنسى وهى قاعدة مستفادة من القاعدة العامة المقررة بالمادة ١١٠ / ١٦٦ مدنى)

٢) اذا كان محل الالتزام شيئا معيناً [3] فهلاكه على جميع المدينين المتضامنين من تاريخ انذار الدائن لاحدهم . فاذا هلك الشىء قبل التسليم فى حادث جبرى أو قهرى التزم الدائنون المتضامنون جميعاً بقيمة هذا الشىء (المادة ١٢٠٥ فرنسى) وهذا حكم أيضا من أحكام المادة ١١٠ / ١٦٦ مدنى

لكن يلاحظ على المادة ١٢٠٥ فرنسى انها ميزت بين المدين المنذر (بالفتح) شخصيا وبين بقية المدينين الذين لم ينذروا فجعلت مسئولية هؤلاء الآخرين مقصورة على ثمن الشىء الهالك فقط ، بينما جعلت مسئولية المدين المنذر شاملة أيضا التعويض ثم قررت هذه المادة نفس هذه التفرقة فى حالة ما اذا حصل هلاك الشىء بتقصير المدين فسوت بذلك بين حالة الانذار والتقصير أو الخطأ

ويلاحظ الشارحون انه لا محل لهذه التفرقة وليس لها سبب معقول لانه يجب أن تكون حقوق الدائن واحدة قبل جميع المدينين المتضامنين [4]

---

(١) mise en demeure اى اثبات التأخير (٢) ٢٦ نوفمبر سنة ٩٠٨، ٢١. ٣٣. — ١٠ ديسمبر سنة ٩١٩، ٣٢، ٥٩ . — ٢٧ ابريل سنة ٩٢٢، ٣٤، ٣٧١ (٣) corps certain

(٤) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٨٧

٦٤٨ ــ والسبب فى وضع هذه المادة ١٢٠٥ فرنسى مع هذه التفرقة بين المنذر أو المقصر وبين غير المنذرين أو غير المقصرين أن الشارع الفرنسى نقلها عن بوتييه حيث قرر هذا الاخير تلك القاعدة . ولقد سبق للقانونى « دومولين »[١] أن قررها هو قبل بوتييه وكان يرمى بها الى محاولة التوفيق بين نصين بالموسوعات الرومانية [٢] تظهر عليهما امارات التعارض أو التناقض حيث يقول أحد النصين ما معناه « إن تأخير الواحد يضر الآخرين » [٣]

ويقول النص الآخر ما معناه « تأخير الواحد لا يضر الآخرين » [٤] فجعل دومولين همه فى التوفيق بين هذين النصين مستعينا فى ذلك بقاعدة قانونية قيل عنها انها هى الاخرى غير صحيحة [٥] هذه القاعدة القانونية هى قاعدة الوكالة المتبادلة [٦] بين المدينين المتضامنين أى أن كل واحد يعتبر وكيلا بالنسبة للآخر فيما يتعلق بالمحافظة على الالتزام [٧] ولا يعتبر الواحد وكيلا عن الآخر فيما ينصرف الى زيادة مبلغ الالتزام [٨] وعلى ذلك قرر دومولين بأنه اذا حصل هلاك الشيء فى حادث جبرى أو قهرى بعد الانذار فلا يعفى الدائنون الآخرون من قيمة الشيء وانه فى هذه الحالة يصح القول الاول «عمل الواحد يضر الآخرين»[٩] بمعنى أن بقية الدائنين تتحمل نتيجة عمل المدين فيما اذا انصرف عمل هذا الاخير الى استمرار الالتزام وجعله قائما . وعلى العكس من ذلك فى حالة التعويض التكميلى [١٠] فانه مادام من شأن هذا التعويض احداث زيادة فى مقدار الالتزام الاصلى وقيمته فانه لا يلزم به الا من كان مقصراً فقط[١١] اذ فى هذه الحالة يصح القول « بأن تأخير الواحد لا يضر الآخرين »[١٢] ولاحظ المفسرون على هذا الاجهاد من قبل « دمولين » انه فى غير محله ولكن الشارع الفرنسى أخذ به على كل حال فى المادة ١٢٠٥ كما انه لوحظ أيضا انه اذا كان الشارع الفرنسى

---

(١) Dumoulin
(٢) Digeste
(٣) alterius factum alteri nocet أى la mise en demeure de l'un nuit à l'autre
(٤) alterius mora alteri non nocet أى la mise en demeure de l'un ne nuit pas à l'autre
(٥) جيرار فى الرومانى ص ٧٥٦
(٦) mandat mutuel
(٧) ad conservandam obligationem
(٨) ad augendam obligationem
(٩) alterius factum alteri nocet
(١٠) dommages-intérêts supplémentaires
(١١) in mora و en faute
(١٢) alterius mora alteri non nocet
(١٣) كولين وكابتان ج ٢ ص ١٨٧ ـ ١٨٨ .

قد اراد فعلا الاخذ بهذا الاصل الذى قرره دومولين وأخذه عنه بوتييه وانه لايجوز تحميل بقية المدينين المتضامنين مامن شأنه أن يزيد من مقدار الالتزام بفعل وسبب احد المدينين المتضامنين ، فلماذا قرر الشارع الفرنسى بالمادة ١٢٠٧ ان انذار المدين يجعل الفوائد تسرى على بقية المدينين اذا كان الدين مبلغا من المال ؟ أليست الفوائد هى الاخرى شكلا من أشكال التعويض التكميلى الذى من شأنه أن يحدث زيادة فى قيمة الدين الاصلى ؟

٦٥٠ ــ هذا هو مبلغ ما قاله الفرنسيون بشأن المادة ١٢٠٥ فما هو الرأى الآن بالنسبة للقانون المصرى؟هل يصح الاخذ بهذه الفقرة التى قالت بها المادة ١٢٠٥ فرنسى أم لا يصح ؟

قلنا ان المادة ١١٠/١٦٦ مدنى قررت بأن الانذار ورفع الدعوى قبل الواحد من المدينين يحدثان جميع النتائج القانونية قبل الجميع على السواء . ومعنى ذلك أن الشارع المصري قرر ما قرره الشارع الفرنسى بالمادة ١٢٠٧ من أن الفوائد تسري ضد الجميع اذا حصل انذار [1] بها أى لاحدهم أى أن بقية المدينين غير المنذرين يتحملون التعويض الذى من شأنه احداث زيادة فى قيمة الدين الاصلى الذى كان الكل ملتزمين به فى الاصل

٦٥١ ــ ولكن مع هذه القاعدة السابقة المقررة بالمادة ١١٠/١٦٦ مدنى يقرر القانون المصرى مع ذلك بالمادة ١١١/١٦٧ مدنى ما يأتى : « لا يجوز لاحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة [2] على ما التزم به باقى المدينين » وهذه المادة تحكي تماما النص الرومانى الثانى [3] « تأخير الواحد لا يضر الآخرين » وهو أحد النصين الذين حاول دومولين التوفيق بينهما.وكأن الشارع المصرى أراد هو الآخر الأخذ ضمنا بما قررته المادة ١٢٠٥ فرنسى عند هلاك الشيء بعد انذار المدين ، أو اذا كان الهلاك بتقصير المدين . واذا كان الامر كذلك فيكون الشارع المصرى قد وقع فى محظور التناقض الذى وقع فيه زميله الفرنسى من قبل. اذ يقرر كل منهما عدم تحمل المدينين غير المنذرين أو غير المقصرين التعويض بينما

(١) يلاحظ أن الانذار يكفى لسريان الفوائد فى القانون الفرنسى ولكنه لا يكفى فى القانون المصرى (٢) ne peut par son fait augmenter (٣) alterius mora alteri non nocet

يقرران فى آن واحد ان المدينين غير المنذرين يتحملون الفوائد الناشئة عن انذار أحدهم . والفوائد هى صورة من صور التعويض

٦٥٢ — وأما الملاحظة التى أبداها كولين وكابتان فى انه يجب أن تكون حقوق الدائن قبل جميع الدائنين واحدة فانهما أبدياها بشأن عدم استحسانهما للقاعدة المستفادة من المادة ١٢٠٥ مدنى فرنسى والتى تقررت بعبارة صريحة بالمادة ١١٠ / ١٦٦ مصري أي أن المادة ١١٠ / ١٦٦ مدنى لا تتفق مع وحدة الحق التضامني من المدينين قبل دائنهم

ونحن نأخذ بما لاحظه كولين وكابتان ونزيد عليه أن الشارع المصرى (وكذلك أيضاً الشارع الفرنسى) فى تقريره للمادة ١١١ / ١٦٧ مدنى المقررة انه لا يجوز للمدين المتضامن أن يعمل على ما من شأنه زيادة الدين وأنه لا يجوز تحميل بقية المدينين بهذه الزيادة — هذا الشارع المصرى تأثر هو الآخر بما كان ولا يزال يحوم حول نظرية الخطأ [١] من أنه يلحظ فيها دائما العنصر المعنوى أى نية الاضرار وتعمد احداث الضرر ، وان الخطأ على هذا الاعتبار هو جنحة مدنية يجب فيها قصر المسئولية المدنية على المخطىء أخذاً بنظرية شخصية العقوبة [٢] . ويظهر لنا أن الشارع المصرى ذهب الى أبعد من ذلك أيضا اذ لم يقصر مسئولية المدين المتضامن على حالة الخطأ فقط بل جعلها تتمشى أيضاً على غير الخطأ أى على أى عمل [٣] أياً كان يترتب عليه زيادة فى أصل الالتزام التضامنى ، خطأ كان أو غير خطأ ، ما دام بقية المدينين المتضامنين لم يكن لهم ضلع فيه [٤]

٦٥٣ — واذا كان الشارع المصرى قد أراد بكلمة عمل [٥] أى عمل خطأ كان [٦] أو غير خطأ فيكون بذلك قد خالف ما يمكن أن يكون قد اراده الدائن من تضامن المدينين امامه فى الدين ، لان الدائن يرمى فى الغالب ويكاد يكون ذلك دائماً ، الى أن يضمن الوفاء بدينه بجعل المدينين متضامنين بمعنى انه اذا قصر أحدهم فى الوفاء بأى شكل من أشكال التقصير عمداً كان او بغير عمد فانه يجب على الآخرين أن يضمنوه فى ذلك التقصير ، وإلا فات جزء عظيم من مزايا التضامن

(١) faute (٢) personnalité des peines (٣) fait (٤) انظر النص الفرنسى للمادة ١١١/١٦٧ مدنى مصرى (٥) fait (٦) faute

٦٥٤ — وما دامت المادة ١١١/١٦٧ مدني قد قررت القاعدة بطريقة مطلقة[1] ولم تقررها بطريقة نسبية أو شخصية[2] كما فعلت المادة ١٢٠٥ فرنسي فاننا نجد الفرصة في قانوننا سانحة الى تفسير مادتنا المصرية تفسيراً يتفق بقدر ما يمكن مع الاغراض الصحيحة للتضامن ومزاياه العملية التي ينشدها عادة الدائنون من اشتراط التضامن على مدينهم . ولذا نجهر بالقول بانه في تفسير المادة ١١١ / ١٦٧ مدني يجب مراعاة ضرورة التمييز في حالة الزيادة الطارئة على أصل الدين التضامني بين نوعين من الزيادة : زيادة عادية كان من المحتمل وقوعها لم تكن بعيدة عن أغراض العاقدين وقت التعاقد . وزيادة بعيدة عن أصل الدين وغريبة عنه ولم يمر بخلد المتعاقدين خاطر ما بشأنها وقت التعاقد . فاذا كانت الاولى صح التضامن فيها على أصل الدين . واذا كانت الثانية تحمل بها المتسبب فيها وحده دون غيره . ونريد بالزيادة العادية المحتمل دخولها في اغراض المتعاقدين الزيادة الناشئة عن الخطأ الذي يمكن أن يقع فيه المدين بعدم الوفاء بالدين اذا طولب به وحده وكان الدين شيئاً معيناً وبعد انذاره بالوفاء أو ثبوت خطئه (بذلك نجمع بين الانذار والتقصير المنوه عنهما بالمادة ١٢٠٥ فرنسي) نقول ذلك وحجتنا المادة ١١٠ / ١٦٦ مدني مصري والمواد ١٢٠٦ و ١٢٠٧ فرنسي في أن نتائج الانذار والدعوى الموجهين ضد واحد من المدينين تسري ضد الباقين

واما اذا كانت الزيادة غريبة عن الدين ولم تكن من الاغراض المحتملة لدى العاقدين وقت انعقاد العقد فلا يسأل عنها الا المتسبب فيها دون الآخرين كان يضيف زيادة على أصل الدين بجعله ٣٢٠ بدلا من ٣٠٠ مثلا أي يضيف ٢٠ على الاصل

هذا ونسارع الى ملاحظة انه ربما يعارض رأينا هذا مع الروح التشريعية المعروفة في الشرائع الحاضرة . وسنرى في نبذة ٦٦١ أن القانون الالماني يقرر عدم سريان مفعول انذار وتقصير أحد المدينين المتضامنين على الآخرين . ولكن مع ذلك سنرى أن قانون الالتزامات السويسري قد سكت عن البت في هذه المسألة

٦٥٥ — ٢) والأثر الثاني الثانوي للالتزام التضامني هو أن الاجراءات القانونية الموجهة ضد أحد المدينين المتضامنين تقطع سريان المدة المسقطة قبل باقي

(1) in abstracto ( ) in concreto

المدينين الذين لم توجه ضدهم هذه الاجراآت (المادة ١٢٠٦ مدنى فرنسى . وهذا مستفاد من القاعدة العامة المقررة بالمادة ١١٠/١٦٦ مدنى) ومن شأن هذه القاعدة توفير مصاريف الاجراآت على الدائن حتى لا يضطر الى توجيه اجراآت متماثلة ضد كل من المدينين المتضامنين

ويترتب على هذه القاعدة أن الاقرار بالدين يكون حجة على الآخرين أيضا من حيث قطع المدة . وهو ما قررته المادة ٢٢٤٩ مدنى وهو تكرار لقاعدة ان كل ما يقطع التقادم ضد واحد يقطعه ضد الجميع

واذا توجهت الاجراآت القانونية لقطع المدة ضد أحد ورثة المدين المتضامن فانها لا تقطع بالنسبة للوارث الآخر لان الورثة ليسوا متضامنين معا في دين مورثهم الذى كان متضامنا فيه مع آخرين (المادة ٢٢٤٩ فرنسى وهو حكم عام)

§ ٣ — فى الوكالة المتبادلة بين المدينين المتضامنين

٦٥٦ — قلنا إن الاصل الذى رجعت اليه النتائج القانونية للتضامن هو الوكالة المتبادلة [١] القائمة بين المدينين المتضامنين ، وهى الوكالة التى قررتها المادة ١٠٨ فقرة ثانية/١٦٣ و١٦٤ مدنى حيث قالت : « ... وفى هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء بعضهم لبعض [٢] ووكلاء بعضهم عن البعض [٣] فى وفاء المتعهد به وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل » . [٤] ولم يرد لهذا النص مثيل فى القانون الفرنسى الموضوع سنة ١٨٠٤ انما أخذه الشارع المصرى عن القضاء والفقه الفرنسيين سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣

وقل بهذه الوكالة المتبادلة قدماء الشراح الفرنسيين وهى تتفق كثيراً مع طبيعة التضامن وتطابق أغراض المتعاقدين فيما اذا كان التضامن تعاقدياً . وتتفق أيضاً مع التضامن القانونى باعتبار ان الشارع فى تقريره إياه انما أراد أيضاً أن يعبر به عن أغراض المتعاقدين

(١) mandat mutuel (٢) cautions réciproques (٣) mandataires réciproques

(٤) ويجوز للمدين الشريك co-obligé الذى دفع الدين المشترك الحق فى ان يرجع على شريكه بنصيبه . وله بصفته وكيلا مكرها mandataire forcé وطبقا للمادة ٦٤٧ مدنى مختلط حق المطالبة ايضا بفوائد المبلغ الذى دفعه عن شريكه من تاريخ الوفاء : ٢٩ ديسمبر سنة ٩٢٣، ٣٦، ١١٠

ومع ذلك لا يكفي القول بان المدينين المتضامنين يعتبرون وكلاء بعضهم عن البعض ، بل يجب أيضاً بيان حدود الوكالة ومبلغ مرماها من الآثار القانونية . ولقد أثارت هذه المسائل الاخيرة فيما يتعلق بحدود الوكالة ومبلغ آثارها بين المدينين المتضامنين من جهة ، وبين الدائن من جهة أخرى ، ثائرة الاخذ والرد . ويظهر ان القاعدة التي قررها «دومولين» هي التي أخذ بها القضاء الفرنسي وهي القاعدة القائلة بان المدينين المتضامنين يعتبرون وكلاء بعضهم عن البعض فيما يتعلق بالاعمال التي يكون من شأنها انقضاء الالتزام أو بقاؤه على ما هو عليه بلا زيادة ، لا فيما يتعلق بما من شأنه زيادة الالتزام واضافة شيء على أصله [1]

١ — في آثار الوكالة المتبادلة

٦٥٧ — لابد من ملاحظة ان هناك آثاراً أخرى لتضامن غير الآثار الثانوية التي ذكرناها في نبذة ٦٤٧ وما بعدها وها هي تلك الآثار الاخرى : —

١) يعمل القضاء الفرنسي على عدم الاخذ بمبدأ نسبية الحكم [2] في حالة التضامن ذلك ان هذا القضاء قرر بعد تردد معروف ان الحكم الصادر لمصلحة الدائن ضد أحد المدينين المتضامنين هو حجة على الآخرين ولو انهم لم يكونوا أخصاماً في الدعوى . وعلى العكس من ذلك اذا صدر الحكم ضد الدائن برفض دعواه قبل المدين الذي اختصمه وحده دون الآخرين فلهؤلاء الحق في التمسك بذلك الحكم ضده . والحجة في ذلك كله مبدأ الوكالة المتبادلة اذ قالت فيها محكمة النقض والابرام الفرنسية بان كل مدين متضامن يعتبر خصماً شرعياً صحيحاً للدائن [3] ووكيلا ضرورياً لزملائه المدينين [4] .

---

(١) ad conservandam vel perpetuendam obligationem non ad augendam د ، ٩١ . ١٧٧ ومقال « كوهندى Cohendy » س ، ٩٣ ، ١ ، ٨١ ومقال تيسييه Tissier

(٢) relativité du jugement والقاعدة أن الحكم لا يفيد غير الخصوم الذين كانوا طرفا في الخصومة ولا يضر أحداغيرهم ولذلك كانت نتائج الاحكام أو آثارها نسبية اى بالنسبة لمن كان طرفا فيها . ولكن هذه القاعدة لاتسرى على احوال التضامن باضطراد كما سيتبين من البحث .

(٣) contradicteur légitime (٤) représentant nécessaire د ، ٨٢ ، ١ ، ٣٧٧ . — س ، ٨٣ ، ١ ، ٤٦٥ . — د . ٨٦ ، ١ . ٢٥١ . — س ، ٨٦ ، ١ . ٥٥ . — د ، ٩٠٥ ، ١ ، ٣٢٥ . — س ، ٩٠٣ ، ١ ، ٤٨٤

٦٥٨ — ولكن هذا القضاء نفسه قد خفف من شدة المبدأ المتقدم واستند في ذلك الى العدالة وقرر بان الدائن الذى حصل على الحكم بالدين ضد أحد المدينين المتضامنين لا يجوز له في أحوال خاصة ، أن يستند الى ذلك الحكم قبل المدينين الآخرين . وما هى تلك الاحوال :

١) اذا أثبت المدينون الآخرون تواطؤاً [١] بين الدائن والمدين المحكوم ضده

٢) اذا وجد لدى أحد المدينين الآخرين دفع خاص به ويمكن التمسك به ضد الدائن .

٣) اذا أهمل المدين المخاصم بمعرفة الدائن دفع الدعوى باحد الدفوع العامة المتعلقة بالدين ذاته كدفع التقادم ، اذ لا يجوز حرمان بقية المدينين من دفع أهمل المدين المخاصم فى ابدائه [٢] .

٦٥٩ — اذا علم ذلك فما هو القول حينئذ فيما اذا خاصم الدائن جميع المدينين المتضامنين بان أدخلهم جميعاً فى دعوى واحدة ؟ فهل اعلان الحكم [٣] لاحدهم يعتبر نافذاً على الآخرين ؟ وهل الاستئناف أو المعارضة المرفوعان من أحدهم فى الميعاد القانونى يستفيد منهما الآخرون الذين لم يرفعوهما في المدد القانونية ؟

اضطرب القضاء الفرنسى فى تقرير الاصول القانونية المتعلقة بالوكالة المتبادلة الخاصة بهذه المسائل . ولكن الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية قررت بانه لا محل للاخذ بمبدأ الوكالة المتبادلة في حالة ما اذا خاصم الدائن جميع المدينين المتضامنين . وذلك لانه ما دام كل مدين قد أصبح مخاصماً بنفسه وعالما بما يحيط به وبظروف دفاعه فما عليه الا ان يدافع عن نفسه وان يستعين بوسائل الطعن المقررة له قانونا فى باب الطعن على الاحكام بالمعارضة أو الاستئناف ، وغير ذلك ، وله اذا شاء ، ان ينضم الى غيره فيما يسلكونه من وسائل الطعن ، على شرط أن يكون الانضمام اليهم فى المواعيد القانونية . وقررت أيضا هذه الدائرة المدنية بأنه اذا حكم برفض دعوى الدائن [٤] المرفوعة ضد الجميع فيكون من الواجب عليه أن يعلن كل واحد على حدة بعريضة الاستئناف .

---

(١) collusion (٢) س ، ٩٠٦ ، ١ ، ٣٤٥ (٣) signification
(٤) créancier débouté de sa demande

٦٦٠ — ويستنتج مما قررته الدائرة المدنية هذه ما يأتى :

١) انه اذا لم يطعن أحد المدينين المتضامنين فى الحكم بالطرق المعينة وفى المواعيد القانونية فليس له ان يستفيد بعد ذلك من الاحكام التى تصدر فى مصلحة المدينين الاخرين الذين حافظوا على الوسائل والقيود القانونية فى الطعن على الاحكام. أو بعبارة اخرى ان الحكم الصادر بالزام المدينين بالدين يكتسب قوة الشىء المحكوم فيه ضد من لم يطعن فيه بالطرق القانونية بينما يكون قد الغى هذا الحكم بالنسبة لمن طعن فيه فى الميعاد القانونى (١)

٢) اذا رفع الدائن استئنافا عن الحكم الصادر ضده برفض دعواه على أحد مدينيه ولم يرفع استئنافا ضد الآخرين فليس له الاستفادة ضد هؤلاء بما رفعه أولا ضد الاول، اى ان حقه فى الاستئناف قبل الاخرين يسقط ما دام انه لم يرفعه في الميعاد القانونى (٢)

ونحن لا نرى بأساً من الاخذ بهذه القواعد فى القانون المصرى وان كان العمل قد جرى على احترام مبدأ الوكالة المتبادلة بصفة تكاد تكون مطلقة (٣)

---

(١) د، ٩٤ . ١ ، ٣٧٨ س ، ٩٤ ، ١ . ٢٣٣ ومقال « تيسيه Tissier » . ـ د . ٩٠١ ، ١ . ٤٤٣ . ـ س ، ٢ ٩ . ١ ، ٤٣٣ ومقال « لا كوست Lacoste » . ـ وانظر بعكس ذلك د ٩٢ ، ١ ، ٨ . ـ س ، ٩١ ، ١ ، ٢٤١ (٢) ويقرر القضاء المصرى ان الاستئناف المرفوع من المدين المتضامن يصح ان يستفيد منه بقية المدينين المتضامنين : ٣ مايو سنة ٩١٧ ، ٢٩ ، ٤٠٣ . ـ ١٥ يونيو سنة ٩٢١ . ٣٣ . ٣٩٦ . ـ ١٤ نوفمبر سنة ٩٢٢ ، ٣٥ ، ٢٣ . ـ ١٣ مارس سنة ٩٢٣ ، ٣٥ ، ٢٨١

(٣) راجع كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك : ١) فيما يتعلق بالمعارضه بند ١١٧٩ حيث يقول : لا يستفيد من المعارضة غير الخصم الذى عارض اما الذين حكم عليهم معه ولم يعارضوا فلا ينتفعون من المعارضه الا فى الاحوال التى لا تقبل التجزئه وفى احوال التضامن واشار الى حكم محكمة بور سعيد الجزئية فى ١٦ نوفمبر ١٩١٩ مج ٢١ ص ١٧٦ نمرة ١١٠ ـ ٢ فيما يتعلق بالاستئناف بند ١١٩٧ حيث يقرر ان المدينين المتضامنين الذين ناب عنهم أحدهم فى الابتدائى لهم ان يستأنفوا الحكم الذى قرر المبدأ فيما يخص المدينين المتضامنين والذين دينهم لا يتجزأ ـ ٣) وفيما يتعلق بآثار الاستئناف بند ١٢٣٧ حيث يقول : « ولكن استئناف الواحد فى حالتى التضامن والالتزام الذى لا يتجزأ يفيد الباقين فيمكنهم ان يدافعوا فيه بدون اذ يكونوا قد استأنفوا هم انفسهم والحكم الذى يصدر يسرى عليهم ، وتدخلهم اضمن لهم اذ به يتأكدون من ان زميلهم قد دافع كما يجب بغير اهمال أو تواطؤ » وقد أشار الى اربعة احكام مصرية فى الحاشية ٢ ص ٩٠٣ - وفيما يتعلق بالمعارضة والاستئناف راجع مرافعات الدكتور عبد الفتاح بك السيد ص ٦٧٠ ن ٦٦٧ حيث يقول بان هناك وحدة فى المصالح بالنسبة للجميع وانهم مفروضون وكلاء عن بعضهم البعض

٢. — آثار التضامن فى القانون المقارن

٦٦١ — بينما قد أغرق الشارع الفرنسى والشارع المصرى فى ترتيب الاصول القانونية فى حالة التضامن مستعينين فى ذلك بالمنطق اذ نرى الشرائع الاخرى قد خالفتهما فى كثير من هذه النتائج المنطقية

وذلك ان القانون الالمانى قرر في المادة ٤٢٥ مدنى أن الانذار وقطع المدة الحاصلين ضد أحد المدينين المتضامنين لا يؤثران بشىء ما على الاخرين. وكذلك الحال بشأن التقصير أو الخطأ المنسوب لاحد المدينين المتضامنين

أما قانون الالتزامات السويسرى فانه لم يفصل فى هذه المسائل وكل ما قرره في المادة ١٤٦ أنه لا يجوز لاحد المدينين المتضامنين ان يقوم بأعمال خاصة به من شأنها زيادة فى الالتزام بالنسبة للآخرين

٣ — فى التضامن الكامل والتضامن الناقص

٦٦٢ — قامت ضجة من المفسرين حول تقسيم التضامن الى تضامن كامل[١] أو تضامن صحيح[٢] والى تضامن ناقص[٣] والسبب فى هذا التقسيم هو تحرى الاثار القانونية للتضامن ومعرفة ما اذا كانت هذه الآثار تنشأ عن كل تضامن أياً كان أو ان آثار التضامن تختلف باختلاف حالة التضامن نفسه بحسب ما اذا كان كاملاً أو ناقصاً

وعلى ذلك اذا كان التضامن ناقصاً فلا تسرى عليه الاثار القانونية الخاصة بالانذار وقطع المدة وغير ذلك من الاثار الاخرى التى قررها القضاء والتى رجع فيها الى قاعدة الوكالة المتبادلة بين المدينين المتضامنين (ن ٦٥٦)

والتضامن الناقص هو التضامن الذى يحصل فى الاحوال التى لا تراعى فيها فكرة الوكالة الضمنية[٤] مثل اشتراك المجرمين في ارتكاب جناية أوجنحة باعتبارهم فاعلين أصليين[٥] أو اشتراك أى اشخاص فى احداث ضرر للغير بسبب خطئهم جميعاً اذا لم يكن هناك اتفاق تدليسى سابق على حدوث الضرر[٦]

---

(١) solidarité parfaite (٢) solidarité proprement dite (٣) solidarité imparfaite أو obligation in solidum (٤) mandat tacite (٥) co-auteurs (٦) concert frauduleux

وأنصار هذا التقسيم يرجعون فيه الى نص من النصوص الرومانية ولكنه على كل حال تقسيم لم يحفل به وزال مع مرور الزمن ولم يؤيد من أحد الآن ولا يوجد في القانونين الفرنسي والمصري ما يؤيده

واذا كان بعض الاحكام الفرنسية قدقال به (د ، ٩١١ ، ٢، ١٦٩) إلا ان أغلب الاحكام ترفض الاخذ به (د ، ٩٠٢ ، ١ ، ٥٤١) وقد قامت الان حركة من جانب رجال الفقه تريد الاخذ بهذا التقسيم ولكن يظهر انها حركة رجعية [١] يراد بها التلطيف من شدة الاثار القانونية التي قررها القانون نفسه أو قررها القضاء (كولين وكابتان ج ٢ ص ١٩١)

٤ ـ في رجوع المدينين المتضامنين

بعضهم على البعض

٦٦٣ ـ اذا دفع أحد المدينين المتضامنين الدين للدائن جاز له الرجوع بما دفعه على بقية زملائه . ولكن يجب مراعاة مبلغ ما استفاده كل من المدينين في الدين ذاته أي يلزم كل واحد بقدر ما استفاده هو . ويرجع في ذلك الى العقد والى مايقضي به الحكم ، ويجوز أن لايحصل رجوع على الآخرين ممن دفع الدين [٢] اذا انحصرت فائدة الوفاء فيه دون غيره اذ يعتبر هؤلاء الغير بالنسبة له كفلاء متضامنين [٣] (المادة ١٢١٦ مدني فرنسي)

وللمدين الذي دفع الدين ضمانات مقرره في رجوعه على بقية المدينين وهي :

١) ان له ، في رجوعه على زملائه الاخرين ، أن يستعين بدعوي الوكالة [٤] أو أو بدعوى الفضولي [٥] لانه في الوفاء بالدين لم يخرج عن كونه اما وكيلا عن الاخرين واما فضولياً (المادة ١٠٨ فقرة ٢ / ١٦٤ مدني) . ومما تمتاز بهذه الطريقة في الرجوع على بقية المدينين المتضامنين ان فوائد المبلغ الذي دفعه تسري ضد بقية المدينين من وقت الوفاء بالدين (المادة ٥٢١ / ٦٤٦ مدني و ٢٠٠١ فرنسي)

(١) réaction (٢) solvens (٣) cautions solidaires
(٤) action de mandat (٥) action de gestion d'affaires

٢) يحل المدين الدافع محل الدائن فى جميع حقوقه ويحصل هـذا الحلول بقوة القانون (المادة ١٦٢ فقرة ٢ / ٢٢٥ مدنى و١٢٥١ فقرة ٣ فرنسى) وعلى ذلك يجوز لهذا المدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على بقية زملائه مستعيناً فى ذلك بجميع التأمينات التى ضمنت الدين كرهن أو امتياز أو غير ذلك.

٦٦٣ مكرر — ويلاحظ انه ليس له الرجوع بالتضامن على الاخرين أى لا يطالبهم متضامنين كما كانوا كذلك متضامنين اراء الدائن بل يجب عليه أن يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه فى الدين فقط (المادة ١١٥ / ١٧١ مدنى و١٢١٤ فقرة أولى فرنسى) بمعنى انه بمجرد الوفاء من قبله ينقسم الدين فى الحال على المدينين الاخرين كل بقدر ما استفاده من الوفاء سواء كانت لانسبة معينة بالعقد أو بحكم عند حصول خلاف . والسبب فى عدم تقرير التضامن فى حالة الرجوع انه لو أبيح هذا التضامن لترتب عليه ان الذى يدفع الدين المطلوب فى دعوى الرجوع يكون له الحق هو الآخر فى الرجوع بالتضامن أيضا على الآخرين، وهكذا لا تنتهى الدعاوى بينهم . لذا قرر القانون قسمة الدين بين المدينين بمجرد حصول الوفاء من أحـدهم . واذا كان الدين الاصلى مضمونا برهن أو امتياز فلا يجوز الاستعانة بالضمان الا بالقدر اللازم للحصول على نصيب المدين المرهون عقاره [1]

واذا أعسر أحد المدينين المتضامنين وجب توزيع نصيبه على الجميع بحيث يكون لمن يرجع بالدين عليهم عند سبق وفائه به ان يخصم مقدار ما يخصه من الاعسار من مقدار الدين الذى يرجع به على الآخرين (المادة ١١٥ / ١٧١ مدنى و ١٢١٤ فقرة ٢ فرنسى)

فى عدم قابلية الدين للانقسام أو التجزئة

٦٦٤ — الالتزام الذى لا يقبل انقساماً [2] هو الالتزام الذى لا يمكن الوفاء به الا كاملا وبتمامه . وقال « دومولين [3] » احد قانونيى الفرنسيس المعروفين قبل سن قانون نابليون ان نظرية هذا الالتزام اكثر النظريات القانونية تعقيداً وأشدها

(١) part contributoire (٢) obligation indivisible (٣) Dumoulin

حراماً [١] وقد لخص بوتيه ما كتبه دومولين وأخذ الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٤ عن بوتييه أصول هذه النظرية وأودعها في المواد ١٢١٧ ـ ١٢٢٥ . وقد جاءت هذه المواد فى مجموعها غامضة وغير مفيدة . أما الشارع المصري فقد وضع لها سنة ١٨٧٥ مادة واحدة (المادة ١٧٢ مدنى مختلط) وكذلك سنة ١٨٨٣ مادة واحدة أيضاً (المادة ١١٦ مدنى اهلى) ولم تخل ابحاث الكتاب الحاضرين في هذه النظرية عن الغموض ايضاً لما انتهجوه من متابعة من سبقوهم من الكاتبين السابقين . ولذا لا نعول هنا الا على ما لهذه النظرية من المظاهر العمليه وما له صلة بالمجالات الحيوية

٦٦٥ ـ وما الفائدة من تقسيم الالتزام الى قابل للانقسام وغير قابل للانقسام ؟
لا فائدة من هذا التقسيم اذا كان الدائن واحداً وكذلك المدين واحداً أيضاً لانه يجب اعتبار الالتزام فى هذه الحالة غير قابل للانقسام اذ يجب الوفاء فيه كأنه غير قابل للانقسام (المادة ١٢٢٠ مدنى فرنسى وهو حكم عام كما قدمنا) . والدائن في حل من مطالبة مدينه بالدين بتمامه . وليس للمدين اكراه الدائن على قبول بعض الدين حتى لو كان الدين قابلا للانقسام من نفسه (المادة ١٦٨ / ٢٣١ مدنى و١٢٤٤ فقرة أولى فرنسى)

ولا تظهر الفائدة من هذا التقسيم الا اذا تعدد الدائنون او المدينون او اذا مات الدائن أو المدين ، ثم حل محل كل واحد منهما ورثته :

واذا كان الدين قابلا للانقسام فانه ينقسم الى جملة حقوق [٢] بقدر عدد الدائنين والى جملة ديون [٣] بقدر عدد المدينين

اما اذا كان الالتزام لا يقبل التجزئة فان كل دائن يعتبر فى ذاته دائناً بالكل ويعتبر كل مدين ملزما بالكل . واذا وفى بالدين أحد المدينين زال الالتزام وانقضى . وهنا يتشابه عدم القابلية للتجزئة [٤] مع التضامن [٥] ولكن يتميز عدم الانقسام عن التضامن فى حالة وفاة المدين ومطالبة الورثة بالدين ، إذ فى حالة عدم الانقسام يحمل الورثة بالالتزام باعتباره ايضا غير قابل للتجزئة . ويرجع عدم الانقسام

(١) كابتان ص ١٩٢ ـ بلانيول ص ٢٤٤ ن ٧٨٠
(٢) créances (٣) dettes (٤) indivisibilité (٥) solidarité

هنا الى طبيعة الالتزام نفسه أو الى ما حصل الاتفاق عليه من انه غير قابل للانقسام .
وأما في حالة التضامن فان الدين ينقسم على الورثة ويلزم كل واحد بجزء يتناسب مع ما أصابه في التركة . الا اننا رأينا عند ما تكلمنا على التضامن انه يجوز للدائن أيضا في حالة التضامن (طبقا للشريعة الاسلامية) أن يطالب الورثة جميعا بالدين كله ثم ينفذه على من يشاء منهم ، مع حفظ حق رجوع الوارث المنفذ ضده على زملائه الورثة بما دفعه عنهم ، لانه لا يجوز شرعا للوارث أن يتملك بالميراث قبل ايفاء الدائنين بديونهم ولأن كل شيء من اشياء التركة وهو تحت يد الوارث يعتبر مطبوعا بطابع المديونية ولا ينفذ حقه فيه الا اذا تحرر من هذا التكليف المحمل به

١) متى يعتبر الالتزام غير قابل للانقسام أو التجزئة ؟

٦٦٦ — عدم القابليه للتجزئة في الالتزام يرجع اما الى طبيعة الشيء موضوع الالتزام باعتبار انه لا يقبل التجزئة بطبيعته [١] واما الى رغبة العاقدين في جعل موضوع الالتزام غير قابل الانقسام [٢] وتقول في ذلك المادة ١١٦/١٧٣ مدني ما يأتي : « متى كان التعهد غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الاشياء المتعهد بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد فكل واحد من المتعهدين ملزم بلوفاء بالكل وله الرجوع على باقي المتعهدين معه »

١) في عدم التجزئة الناشيء عن طبيعة الالتزام نفسه

٦٦٧ — يكاد لا يوجد مثل واحد على عدم التجزئة في حالة الالتزام بالتسليم [٣] أي في حالة الالتزام بنقل حق الملكية أو أي حق عيني . ذلك لان حق الملكية أو الحق العيني أيا كان هو من طبيعته قابل للتجزئة حتى لو كان متعلقا بشيء لا يقبل التجزئة من الوجهة المادية . مثلا في حالة بيع العقار الشائع بين جملة ملاك يلتزم كل بائع من المالكين على الشيوع [٤] بأن ينقل الى المشترى حقه الشائع [٥] سواء أكان مالكا للنصف أم الربع الخ . وعلى ذلك يعتبر الالتزام بالتسليم قابلا

(١) بلانيول ص ٢٤٥ ن ٧٨٣ وما بعدها (٢) بلانيول ص ٢٤٧ ن ٧٨٧ وما بعدها
(٣) obligation de donner (٤) co-propriétaire (٥) droit indivis

للتجزئة ولذا قالت المادة ١٢١٧ مدنى فرنسى عند تعريفها للحق القابل للتجزئة أو غير القابل للتجزئة بان الالتزام غير القابل للتجزئة هو الالتزام الخاص بشيء غير قابل للتجزئة بطبيعته أو بارادة العاقدين [١]

٦٦٨ ـ ويستثنى مع ذلك من الحقوق العينية طائفتان لا تقبلان الانقسام وهما حقوق الارتفاق والرهون (ن ٦٧١)

واذا كانت الالتزامات الخاصة بالتسليم [٢] قابلة للتجزئة في الاصل فان الالتزامات الخاصة باجراء عمل والامتناع عن عمل [٣] هى على العكس فى الغالب الكثير غير قابلة للتجزئة :

١ ـ فيعتبر التزام البائعين بتسليم الشىء المبيع الى المشترى غير قابل للانقسام اذا كان محل البيع شيئا لا يقبل التجزئة المادية . فاذا فرض أن البائعين باعوا بقرة فان التسليم في هذه الحالة يجب أن يكون كاملا ويجوز للمشترى مطالبة أى واحد من البائعين بتسليم البقرة (المادة ١٢٢١ فقرة ٢ فرنسى وهو حكم عام) وكذلك الحال أيضاً بشأن التزام البائعين بضمان المبيع للمشترى ذلك الضمان الذى يتمكن بمقتضاه المشترى من وضع اليد وضعا سلميا هادئا لا يشوبه تعرض من الغير ، والذى يتضمن حمايته من الغير اذا ما ادعى باستحقاقه للمبيع كلا أو بعضا [٤] (المادة ٣٠٠ / ٣٧٤ مدنى و ١٦٢٥ فرنسى) فالالتزام بالضمان هنا هو أيضا التزام غير قابل التجزئة . بحيث اذا تعرض للمشترى متعرض جاز للمشترى أن يطلب الى أحد البائعين الضامنين منع التعرض . وكذلك أيضا فى حالة ما اذا ادعى أحد ورثة أحد البائعين ملكيته الخاصة للشىء المبيع [٥] فانه يجوز مع ذلك للمشترى أن يرد دفعه هذا بدفع الضمان [٦] المحمل به مورثه من قبل [٧] وكذلك الحال أيضا بشأن ضمان المؤجر لانتفاع المستأجر وحماية هذا الاخير من تعرض الغير له [٨]

---

(١) division matérielle ou intellectuelle
(٢) obligations de donner
(٣) obligations de faire et de ne pas faire
(٤) éviction totale ou partielle
(٥) jure proprio
(٦) exception de garantie
(٧) د ، ٩٤، ١، ٤١٧ . ـ س ، ٩٤، ١، ٤٠١
(٨) د ، ٨١، ١، ٣٧ . ـ س ، ٨١، ١، ١٧٠

٢ — وأما عن الالتزام بالامتناع عن اجراء عمل فانه في الغالب غير قابل للانقسام ذلك لان القيام بأى عمل مخالف لهذا الالتزام يعتبر فى ذاته مخالفة له برمته فاذا فرض وباع جملة أشخاص معا محلا تجاريا [١] وتعهدوا جميعا بعدم فتح محل تجارى مماثل له فى نفس البلد ، أصبح كل واحد ملتزما بهذا الالتزام أى أصبح الالتزام غير قابل للتجزئة

٢) فى عدم التجزئة الناشيء عن رغبة المتعاقدين

٦٦٩ — يكثر وقوع هذا النوع بالنسبة للنوع الاول. ويستفاد عدم التجزئة إما صراحة من نفس العقد واما ضمنا من الظروف المحيطة به

فعن عدم الانقسام المصرح به بالعقد هذا أمر يسهل التعرف عليه من مراجعة عبارة العقد ويقصد بعدم الانقسام هذا تأكيد التأمين لمصلحة الدائن

وأما عن عدم الانقسام الضمني والمستفاد من ظروف العقد فهو المنوه عنه بالمادة ١٢١٨ مدنى فرنسى التى قررت أن : « الالتزام يعتبر غير قابل للتجزئة ، ولو كان الشيء أو العمل محل الالتزام قابلا كلاهما في ذاته للتجزئة اذا كان المستفاد من ظروف الالتزام في ذاته أنه لا يمكن الوفاء به وفاء جزئيا » وكذلك المادة ١٢٢١ فقرة ٣ فانها كررت ذلك بعينه وهو نفس ما قررته المادة ١١٦ / ١٧٢ مدنى . مثل ذلك ما اذا اشترى مشتر أرضا ليبنيها مسرحا أو مصنعا . وعند ما اشتراها راعى فيها الظروف الخاصة بالمسرح أو المصنع من حيث الابعاد والمساحة مثلا فاذا فرض وكان البائعون كثيرين واستحق الغير جزأ من هذه الارض المبيعة أصبح كل بائع على حدة ملزما منفرداً بضمان هذا الاستحقاق الجزئى ولو أنه لم يرد بالعقد نص يفيد عدم التجزئة . والامثلة العملية على ذلك كثيرة [٢]

---

(١) fonds de commerce (٢) د ، ١٩٠٦ ، ١ ، ٣٨ — س ، ١٩٠٩ ، ١ ، ١٤٢ ، د ، ١٩١٣ ، ١ ، ١٦٧

٢) فى آثار عدم التجزئة

٦٧٠ — تتشابه آثار عدم الانقسام مع آثار التضامن اذ يتفق الاثنان في ان لكل منهما التزاما وحيدا ومفرداً وتعدداً فى الدائنين والمدينين

٦٧١ — ١) تعدد الدائنين فى الالتزام غير القابل للتجزئة : فى هذه الحالة تسرى القواعد الآتية :

١ . — يجوز لكل دائن وحده ان يطالب بجملة الدين برمته (المادة ١٢٢٤ مدنى فرنسى وهو حكم عام)

٢) — العمل الذى يصدر من أحد الدائنين ويقطع مضى المدة ضد المدين يستفيد منه الدائنون الآخرون ، أى ان قطع المدة بواسطة أحد الدائنين يعتبر قطعا للمدة بالنسبة للجميع

٣ . — اذا ظل أحد المالكين لحق ارتفاق على الشيوع منتفعاً به دون الآخرين اصبح انتفاعه هذا مانعا من سقوط حق الآخرين بمضى المدة (المادة ٧٠٩ مدنى فرنسى)

٤) واذا وجد من بين المالكين على الشيوع لحق الارتفاق قاصر فانه يجب فى هذه الحالة ان لا يقف سريان مضى المدة بالنسبة للقاصر وحده بل يجب ان يكون إيقاف المدة حاصلا بالنسبة للجميع (المادة ٧١٠ مدنى فرنسى)

هاتان القاعدتان ٣ و ٤ هما إحدى نتائج عدم قابلية حق الارتفاق للانقسام . وهما قاعدتان عامتان يجب الاخذ بهما في القانون المصرى باعتبار انهما مستفادتان من طبيعة حق الارتفاق في ذاته

٥) ولا يجوز لاحد الدائنين أن يتصرف فى الدين كله إضراراً [1] ببقية الدائنين .فلا يجوز له منفرداً ابراء المدين من الدين كله . وليس له استلام قيمة الشيء بدلا من الشيء ذاته (المادة ١٢٢٤ فقرة ٢ فرنسى) فاذا فرض وفعل ذلك أحد الدائنين يجوز لبقية الدائنين بالرغم مما فعل أن يطالبوا المدين بالوفاء بالالتزام جميعه بلا

---

(١) au détriment

نقص أو تغيير فيه مع ملاحظة ضرورة اسقاط نصيب الدائن الذى أبرأ المدين بقدر نصيبه أو اسقاط نصيبه من جملة الثمن الذى أستلمه

٦٧٢ — ٢) فى تعدد المدينين : تسرى فى هذه الحالة القواعد الآتية:

١ — يجوز مطالبة كل مدين منفرداً بجملة الدين (المادة ١٢٢١ مدنى فرنسى) ولا يكون للمدين المطالب فى هذه الحالة الحق فى دفع الدعوى قبله بالتمسك بطلب قسمة الدين على المدينين [١] . وحالته في ذلك حال المدين المتضامن . اذ لا يجوز لهذا الاخير أيضا دفع الدعوى قبله بطلب توزيع الدين على المدينين المتضامنين. وكل ما يمكن أن يكون للمدين فى دين غير قابل للتجزئة هو طلب ميعاد من القاضى لادخال بقية المدينين خصما فى الدعوى حتى يكون الحكم فى مواجهة الجميع (المادة ١٢٢٥ مدنى فرنسى والمادة ١٤٠ / ١٥٦ مرافعات و١٧٥ مرافعات فرنسى)

٢ — اذا مات أحد المدينين فى دين غير قابل للتجزئة التزم ورثته بالدين كله . وتختلف هذه الحالة عن حالة التضامن حيث يوزع الدين على ورثة المدين المتضامن المتوفى.ولكنا لاحظنا اذ ذاك انه يصح فى هذه الحالة أيضا مطالبة ورثة المدين المتضامن بجملة الدين لا على سبيل التضامن فيما بينهم بل على سبيل ان الدين في ذاته لا يقبل التجزئة بالنسبة للدائن باعتبار ان التركة بصفتها كائنا معنويا ممثلا في أشخاص الورثة تصبح محملة الوفاء بالدين كاملا قبل توزيع مفردات التركة على الورثة (ن ٦٦٥)

٣ — اذا قطعت المدة قبل أحد المدينين فانها تعتبر مقطوعة أيضا بالنسبة للآخرين (المادة ٢٢٤٩ فقرة ٢ مدنى فرنسى) . واذا كانت هذه القاعدة صحيحة فيما يتعلق بالتضامن فانه ليس من السهل الاخذ بها في حالة عدم قابلية الالتزام للتجزئة . لان فى التضامن يعتبر كل مدين نائبا عن الآخر أى وكيلا عنه . وأما فى حالة عدم الانقسام فلا وكالة ولا نيابة . ولكن الفائدة من تقريرها هى تلك الفائدة العملية التى سبق ان أشرنا اليها عند التكلم على التضامن وهى عدم تحميل المدينين مصاريف الاجراآت القانونية الموجهة ضد كل واحد لما فيه من زيادة الدين من طريق اضافة المصاريف على الاصل

(١) bénéfice de division

٦٧٣ — هذا التعليل العملي لاينهض وحده سببا علميا في سبيل الاخذ بهذه القاعدة في القانون المصرى عند عدم النص عليها . ومع ذلك فاذا أخذنا بهذه القاعدة في قانوننا المصرى ، فذلك انما يرجع الى طبيعة الالتزام غير القابل للتجزئة . وذلك لان هذه الصفة تجعل الالتزام كتلة واحدة يلتزم به كل مدين على حدة ويكون الكل مسئولا عنه برمته

٤ . — يأبى بعض الشارحين الاخذ ببعض الآثار الثانوية للتضامن في حالة الالتزام الذى لا يقبل الانقسام ويقررون بان انذار أحد المدينين في التزام غير قابل للتجزئة لا يؤثر على بقية المدينين الآخرين . واننا لا نرى الاخذ بهذا الرأى المخالف للمنطق لانه لا معني لهذه التفرقة بين الانذار وأسباب قطع التقادم الاخرى [١]

٥ .— وعلى العكس من ذلك اذا رفع استئناف في الميعاد القانوني من أحد المدينين عن حكم صادر ضدهم جميعا بلا تجزئة بينهم جاز للآخرين الاستفادة من هذا الاستئناف ولو أنهم لم يرفعوا استئنافا بالمرة أو رفعوه بعد الميعاد القانوني أو رضوا بالحكم الابتدائي [٢]

وهذه القاعدة ، ولو أنها على عكس القاعدة المتقدمة عليها ولم يأت بها نص قانوني خاص الا أن القضاء قد قررها باحكام عدة [٣] وحجة القضاء انه لما كانت هناك وحدة في السبب [٤] وعدم قابلية موضوع الالتزام للتجزئة فانه من المستحيل تقرير حالات مختلفة للمدينين وهم على تلك الصورة. وما دام أن الحق واحد بالنسبة للجميع فانه يجب على الجميع الاستفادة مما يحكم به في مصلحة أحدهم [٥] وأنه يجب أن يحسم هذا النزاع حكم واحد لاغير [٦]

---

(١) بوابن وكابيتان ج ٢ ص ١٩٦ (٢) acquiescement (٣) ٣٠ نوفمبر سنة ٩١٠، ٢٣ ، ٥٤ . — ج ٤ ٣ ص ٤٢ ن ٤٢١ . — ٢٣ ، ٥٨ . — ٢٤ ، ٦٩ . — واذا قبل بان طلب بطلان المرافعة لمرور ثلاث سنوات عن الاستئناف لا يعتبر غير قابل للتجزئه الا اذا كان الطلب الاصلي بالدعوى الاصلية غير قابل للتجزئه هو الآخر ، الا انه يجب الاخذ في بطلان المرافعة بمرور ثلاث سنوات بقاعدة عدم القابلية للتجزئة لانه اذا لم يؤخذ بها فانه ينتج نتائج متعارضة وغير مقبولة ٢٣ ديسمبر سنة ٩١٥ ، ٢٨ ، ٧٤ .— د ، ٩٠٣ ، ١ ، ٣٨ — س ، ٩٠٣ ، ١ ، ٣١٦ (٤) identité de cause (٥) د ، ٩٣ ، ١ ، ٣٥٧ .— س ، ٩٣ ، ١ ، ٨٥ (٦) د ، ٩١٣ ، ١ ، ٨٩ .— س ، ٩١٠ ، ١ ، ٨١ ومقال تيسيية Tissier »

ومن هنا نرى أن عدم التجزئة فى الالتزام يحول كالتضامن دون الأخذ بمبدأ نسبية الاحكام، أى يؤخذ بمبدأ قوة الشىء المحكوم فيه فى حالة عدم التجزئة فى الالتزام كما لاحظنا ذلك فى حالة التضامن مع ملاحظة أن الحجج القانونية فى تبرير هذا المبدأ فى الحالتين غير واحدة [1]

ملاحظة خاصة

بموقع النظرية العامة للاثبات

ذكرنا فى صفحة ٥٦ اننا سنلحق هذه النظرية بالمصادر التعاقديه فنتكلم عنها قبل المصادر اللاتعاقديه ولكن رأينا ان الافضل جعل نظرية الاثبات فى الختام حيث هى تتمشى على المواد القانونيه كافة فاقتضى التنويه

---

(١) راجع كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بخصوص عدم تجزئة بطلان المرافعة بند ١١٣٤ ب ص ٨٢٠ والاحكام المصرية المشار اليها فيه. ومرافعات الدكتور عبد الفتاح بك ص ٦٣٩ ن ٧٢٧. وبخصوص عدم تجزئة الاجراءات في القسمة والتوزيع الحاصلين أمام المحكمة راجع تنفيذ الدكتور ابو هيف بك بند ١١٦٢ و ١٢٣٦

المصادر اللاتعاقـــــدية
للالتزامات

(نظريتا الاثراء بلا سبب والمسئولية)

١

النظرية العامة للاثراء بلا سبب

فى النظرية العامة

للاثراء بلا سبب

٦٧٤ — رأينا فى نظرية العقود ان العقود هى المصادر التعاقدية للالتزام وهناك مصادر أخرى للالتزام غير تعاقدية وهى « أشباه العقود » والجنح المدنية و « أشباه الجنح ».

وقد وردت هذه المصادر اللاتعاقدية بالباب الثالث من القانون المدنى تحت عنوان « في التعهدات المترتبة على الافعال »[١] وذلك في المواد ١٤٤/٢٠٥ — ١٥٣/٢١٥ وتتناول هذه المواد « أعمال الفضولى »[٢] و « استرداد المدفوع بلا حق »[٣] و « نظرية المسئولية » على اختلاف أنواعها .

أما القانون الفرنسى فقد عقد هذه المسائل كلها تحت عنوان « فى التعهدات التى تحصل دون الاتفاق عليها » ثم فرع عنها بابين : الباب الأول أسماه أشباه العقود[٤] وأسمى المسائل التى تتناوله « بالاعمال الارادية البحتة للانسان » وقصر هذه المسائل على أعمال الفضولى (المواد ١٣٧١ — ١٣٧٥) واسترداد المدفوع بلا حق (المواد ١٣٧٦ — ١٣٨١) والباب الثانى أوقفه على الجنح[٥] وأشباه الجنح[٦] (المواد ١٣٨٢ — ١٣٨٦)

٦٧٥ — وكلا القانونين الفرنسى والمصري لم يتكلم عما يسمى نظرية الاثراء بلا سبب[٧] وهى النظرية العامة القائلة بأنه لا يجوز لشخص أن يغتنى على حساب الغير بلا مقابل . والدعوى المقررة لهذه الحالة هى الدعوى الرومانية الأصل المسماة دعوى المطالبة بمقابل المنفعة[٨] . والنظرية والقاعدة مقررتان بالقانون الرومانى واجازها العرف والعادات وأقرها أيضا القانون فى بعض مواده . ذلك لان فى تقرير القانون لنظرية استرداد المدفوع بلا سبب تأييداً لها (المواد ١٤٥/٢٠٦ — ١٤٨/٢٠٩

---

(١) obligations résultant du fait
(٢) gestion d'affaires
(٣) répétition de l'indû أو condictio indebiti
(٤) quasi-contrats
(٥) délits
(٦) quasi-délits
(٧) enrichissement sans cause أو enrichissement injuste (كولين وكابتان ج ٢ ص ٤٠٩) أو enrichissement illégitime (دى هلس ج٢ ص ٩٥ ن ١٤٩)
(٨) actio de in rem verso

مدنى) على أنا اذا نظرنا الى نظرية الاثراء بلا سبب من حيث ارتباطها بنظرية السبب [1] فانه يجب الاخذ بها . لانه لا يصح أن يستفيد أحد من أحد الا بسبب. فاذا استفاد الشخص من شخص آخر فائدة مالية فلا تصح هذه الفائدة ولا تستقر فى مال المستفيد الا اذا كان لها سبب أى مقابل فى مال من أفاد . فاذا انتفى السبب ولم يستفد المفيد فى مقابل ما أفاد به الغير جاز له المطالبة بقيمة هذا المقابل . وفوق ذلك فان قاعدة الاثراء بلا سبب تؤيدها العدالة [2] فوق تأييدها بالقانون كما رأينا

و بما أن القانون تكلم أولاً على نظرية استرداد المدفوع بلا حق ولم يقرر قاعدة عامة لنظرية الاثراء بلا سبب فنرى من اللازم على ذلك أن نبدأ نحن كذلك بالتكلم على نظرية استرداد المدفوع بلا سبب وشروطها الخاصة بالموفى [3] والموفى اليه [4] والموفي به [5] ثم نعقب ذلك بنظرية الاثراء بلا سبب ودعوى المطالبة بمقابل المنفعة . وأما نظرية أعمال الفضولى فانها تدخل فى عقد الوكالة أى فى دراسة العقود من الوجهة التفصيلية

فى نظرية المدفوع بلا حق

٦٧٦ — المسوغ القانونى لدعوى استرداد المدفوع بلا حق: قررت المادة ١٤٥/٢٠٦ مدنى ما يأتى : « من أخذ شيئاً بغير الاستحقاق وجب عليه رده » وتقول المادة ١٣٧٦ فرنسى ما يأتى : « من أخذ خطأ أو بعلمه ما لا يملك التزم برده الى من أخذه منه بلا حق » ومن مقارنة المادتين نرى أن قاعدة رد المدفوع بلا حق صحيحة فى الاثنين وفقط لم يذكر القانون المصرى عبارة العلم أو الغلط ولكنهما مستفادان حتما من القاعدة. لان من يأخذ شيئاً بلا حق اما أن يكون عالما بانه غير محق فيه ، وأما أن يكون قد أخطأ فى أخذه . و يستحيل أن يخرج عن هاتين الحالتين . وفيهما لا بد أن يلزم بالرد . لان سبب الرد يرجع لانتفاء السبب وانتفاء المسوغ لوجود الشىء المملوك للموفي [6] بمال الموفي اليه [7] بلا سبب . وذلك سواء كان الموفى اليه يعلم بعدم صحة الوفاء اليه أو قد أخطأ في تقدير الوفاء اليه

---

(١) cause (٢) équité (٣) solvens (٤) accipiens (٥) objet
(٦) solvens (٧) accipiens

وعلى ذلك يعتبر المسوغ للرد انتفاء السبب. وفوق ما تقدم فان المادة ١٢٣٥ مدنى فرنسى قررت بانه لا بد لكل وفاء من سبق وجود دين له وحكمها عام وقررت أيضا بانه يجوز طلب رد ما دفع بلا سبب . والحكم عام أيضا رغم عدم وجود نص شبيه له بالقانون المصرى لانه فى الحقيقة تكرار للمادة ١٤٥/٢٠٦ مدنى

و يرى مما تقدم ان حق الموفى فى استرداد ما وفى به راجع بالطبيعة الى عدم صحة الوفاء أى الى بطلان الوفاء فى ذاته ــ الوفاء هنا بغير عقد بالطبيعة ــ وهذا التعليل يتفق مع القانون المصرى لانه لم يجعل المادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى وما بعدها تحت عنوان اشباه العقود ، وهو العنوان الذى انفرد به الشارع الفرنسى دون الشارع المصرى ، بل جعلها كما رأينا تحت عنوان « الالتزامات الناشئة عن الافعال »

٦٧٧ ــ وعلى ذلك يكون استرداد المدفوع بلا حق فى القانون المصرى راجعاً الى عدم صحة الوفاء أو التسليم أو الدفع . بخلاف الاسترداد فى القانون الفرنسى فهو راجع الى ما سماه هذا القانون نفسه شبه العقد. وهذا ما جعل الشارحين الفرنسيين يتعملون فى تصيد مسوغ لهذا الاسترداد ، اذ قرر بعضهم بان فى أخذ الموفى اليه للشىء الموفى به معني قبوله الضمنى برده الى الموفى . على ان حالة الموفى اليه وقت الوفاء لا تتفق مطلقا مع هذا الغرض . لانه ما فكر الموفى اليه بالرد مطلقا ، اذا استلم خطأً ، و على الأخص فيما اذا كان سىء النية واستلم وهو يعلم بان لا حق له في الاستلام (كولين وكابتان ج ٢ ص ٤١٠)

اذا علم ذلك امكننا القول بان السبب فى الاسترداد بالنسبة للمدفوع اليه [1] هو انتفاء السبب أي ان المدفوع اليه يأخذ بلا سبب معين من جانب الدافع . سواء أكان المدفوع اليه يعلم عدم صحة الدفع أم لا يعلم أى اخطأ فى استلامه

٦٧٨ ــ هذا هو ما يجب أن تفسر به المادة ١٤٥/٢٠٦ مدنى مصري المقابلة للمادة ١٣٧٦ مدنى فرنسى . ولكن القضاء المختلط أدلى بعكس هذا الرأى [2]

---

(١) وسيأتى فيما بعد دور الدافع وشروط دعوى الاسترداد من جانبه

(٢) استئناف م ٧ مايو سنة ٩٠٨ م ت ق ، ٢٢ ، ٢٠٢ برئاسة موريوندو Moriondo واضع القوانين الاهلية . أى واضع المادة ١٤٥ مدنى أهلى اخذاً عن المادة ٢٠٦ مدنى مختلط حرفاً بحرف

اذ قال بان المادة ١٤٥ لا تشترط الغلط أو العلم من جانب المدفوع اليه كما اشترطته المادة ١٣٧٦ مدنى فرنسى ، وعلى ذلك يجب على المدفوع اليه الرد بلا قيد ولا شرط. وهذا رأى غير وجيه بالمرة ومخالف للاصول القانونية المقررة بوجه عام في نظرية استرداد المدفوع بلا حق. والذى أملى على القضاء القول بهذا الرأى هو ظروف الدعوى التى صدر فيها الحكم. وذلك ان الادارة طالبت المالك بدفع الاموال فبين لها ان لا حق لها في هذا الطلب فاصرت عليه فى الطلب والا أوقعت الحجز الادارى عليه فدفع ثم عاد ورفع دعوى باسترداد ما دفعه. فدافعت الادارة بشرط الغلط فى دعوى استرداد المدفوع بلا حق. فرد الحكم على ذلك بان شرط الغلط غير مشروط فى القانون المصرى بالمادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى ، بل هو مشروط فقط في القانون الفرنسى بالمادة ١٣٧٦. ثم حكمت بجواز قبول الدعوى. فالحكم بجواز نظر دعوى الاسترداد مع عدم توافر شرط الغلط حكم صحيح في ذاته ، ولكن اسبابه غير صحيحة لان عدم اشتراط الغلط فى هذه الحالة ليس راجعا الى ان المادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى مصرى لم تشترط الغلط كما اشترطته المادة ١٣٧٦ مدنى فرنسى ، بل هذه الحالة انما هى خاصة بحالة الاكراه الادارى الذى يبيح الاسترداد ولو أن الدافع لم يدفع غلطا وانما دفع كرها أى ان الاكراه في هذه الحالة ينتج نتيجته التى تحصل من الغلط لان الوفاء الصحيح المانع من الاسترداد هو الوفاء الاختيارى ، أى الحاصل بارادة الدافع المحضة. فاذا عاب هذه الارادة عيب مشوه لها كالاكراه ثم حصل الدفع فلا يعتبر الدفع صحيحا - وكان يجب على الحكم ان يبحث الغلط في هذه الحالة من جهة الدافع نفسه. ولكن ظن ان الباب موصد دونه ما دام الوفاء حصل برضاء المدين ، ونسى ان الرضاء هنا مشوب بالاكراه وهو هذا الاكراه الذى سنتكلم عنه بعد باعتباره مفسداً للرضاء وباعتبار الرضاء المشوب بالاكراه هو في حكم الغلط فى حالة الاسترداد وذلك لان الاراده في الاثنين مشوبة بعيب خاص. قلنا بعكس مذهب هذا الحكم رغم صدوره برئاسة موريوندو [1] واضع القوانين المصرية الاهلية ، لانه رأى لا يتفق مع الاصول العامة لنظرية الاسترداد. وقد أيدنا فى رأينا القضاء الفرنسى نفسه ،

(1) Moriondo

الذى رجع الى فكرة الاكراه الادارى الواقع على الدافع، لا الى شرط الغلط أو العلم الوارد كلاهما بالمادة ١٣٧٦ فرنسى [١] وأيدنا كذلك في رأينا الفقه الفرنسى [٢].

١) فى شروط استرداد المدفوع بلا حق

٦٧٨ مكرر — فى شرط الغلط من الدافع : رأينا فى تفسير المادة ٢٠٦/١٤٥ مدنى ان الرد واجب على المدفوع اليه سواء كان عالماً بأن الدفع اليه غير صحيح أو انه اخطأ فى استلام المدفوع أى انه كان يجهل بانه غير دائن وظن خطأ بانه دائن فهو في كل الاحوال ملزم بالرد. هذا بالنسبة للمدفوع اليه.

وأما الدافع فلم تتعرض له المادة ٢٠٦/١٤٥ السابقة المقابلة للمادة ١٣٧٦ فرنسى بل تكلمت عنه المادة ١٣٧٧ مدنى فرنسى حيث قررت ما يأتى : «اذا اعتقد شخص خطأ بانه مدين ودفع الدين جاز له استرداده من الدائن. — على انه لا يجوز له الاسترداد فيما اذا كان الدائن قد أعدم السند، انما له حق الرجوع ضد المدين الحقيقى.»

وهذه المادة مكونة من شطرين: الشطر الاول يقرر قاعدة استرداد المدفوع خطأ الى الدائن الحقيقى. والشطر الثانى يقرر استثناء لها وهو عدم جواز الاسترداد فيما اذا اعدم الدائن السند (على شرط ان يكون الدائن حسن النية طبعاً) مع حفظ حق الدافع فى الرجوع بما دفعه على المدين الحقيقى. واشترطت هذه المادة شرط الغلط من قبل الدافع، ذلك الشرط الذى لم تجعله المادة ١٢٧٦ مدنى فرنسى المقابلة للمادة ٢٠٦/١٤٥ مدنى مصرى شرطاً احتمالياً

القانون المصرى لم ينقل المادة ١٣٧٧ برمتها وبشطريها. بل نقل الشطر الثانى منها وأهمل الشطر الاول: قرر بالمادة ٢٠٩/١٤٨ أنه: «لا يكون الرد مستحقاً اذا دفع انسان دين شخص آخر غلطاً [٣] لدائن ذلك الشخص وقبضه الدائن المذكور

---

(١) د، ٨٨، ٥، ١٤١. — س، ٩٢، ٣، ٦١. (٢) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٤١٢.
(٣) par erreur

معتقداً صحة الدفع وانعدم سند الدين وانما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقى. »

ولكن عدم نقل الشارع المصري لفقرة الثانية من المادة ١٣٧٧ فرنسى لا يدل على انه لم يرد الاخذ بها. بل على العكس من ذلك يفيد انه أخذ بها مادام أنه قرر الاستثناء. وفى هذه الحالة اذا لم تتوافر أركان الاستثناء الذى اعتبره قاعدة عامة، فانه يجب الاخذ بالقاعدة الاصلية. أى انه طبقا للمادة ١٤٨ لا يجوز الاسترداد فيما اذا كان الوفاء من غير المدين وخطأ منه فى شخص الدائن حسن النية وعند زوال سند الاستدانة. وطبقا للمادة ١٤٨ المذكورة يجوز الاسترداد فيما اذا كان الدافع غير مدين ودفع غلطا الى الدائن الحقيقى سيء النية، سواء أعدم السند أم لم يعدم

وعلى ذلك تعتبر المادة ١٤٨ مصرى فى تقابلها للشطر الثانى من المادة ١٣٧٧ فرنسى انها تقرر ما جاء بالمادة الفرنسية اصلا واستثناء. والذى جعل الشارع المصرى يصوغ المادة ١٤٨ بالكيفية التى وردت بها انما هى ارادته فى أن يكون منسجما فى التعبير حتى تكون صيغة المادة ١٤٨ ملائمة مع صيغة المادة ١٤٧ السابقة عليها التى قررت عدم جواز الاسترداد اذا كان الدين طبيعيا، ولذا اضطر الى عدم الالتفات الى الشطر الاول من المادة ١٣٧٧ فرنسى

٦٧٩ — واذ انتهينا الآن من اعتبار المادة ١٤٨ / ٢٠٩ مدنى مصرى مطابقة فى معناها للمادة ١٣٧٧ ورأينا أنها هى الاخرى تشترط الغلط من قبل الدافع ليجوز له الاسترداد، وان المادة ١٤٨ / ٢٠٦ مدنى و ١٣٧٦ لم تشترط الخطأ أو الغلط من قبل الدافع، فما هى اذن القاعدة العامة المستفادة من هذين النصين ١٤٥ و ١٤٨ من حيث اشتراط الغلط؟ هناك رأيان

الرأى الاول : هل يشترط الغلط في كل حالة كان الدفع فيها خطأ من جانب الدافع؟ أى سواء كان الغلط واقعاً فى شخص الدائن أو واقعاً فى شخص المدين نفسه؟ أى هل يشترط الغلط في دعوى الاسترداد سواءاً كان الدافع دفع الى غير دائنه الحقيق أم دفع دون أن يكون مديناً بالمرة؟ يقول فريق من الشارحين بوجوب شرط الغلط فى جميع الاحوال

الرأى الثانى : أم ان شرط الغلط لم يرد فقط إلا بالمادة ١٤٨ أى ان الاسترداد موقوف فقط على حصول غلط من جانب الدافع بحيث اذا دفع وهو يعلم بانه غير مدين لمن يدفع له نظراً لكون المدفوع اليه ليس هو الدائن الحقيقى فلا يجوز له حق الاسترداد ؟ الجواب انه لا يشترط الغلط فى جواز الاسترداد طبقاً للرأى الثانى إلا في الحالة التى نصت عليها المادة ١٤٨ . أى ان شرط الغلط يكون واجباً فى حالة ما اذا دفع الدافع ديناً حقيقيا ولكنه دفع الى دائن غير حقيقى وحسن النية . بحيث اذا دفع في هذه الحالة عن غير غلط [1] أى وهو يعلم بأن من يدفع اليه ليس هو الدائن الحقيقى فلا يجوز له الاسترداد . أى انه يترتب على ذلك أن شرط الغلط فى الاسترداد مقصور فقط على حالة واحدة : وهى حالة ما اذا كان هناك دين حقيقى . وأما فى الاحوال الأخرى ، أى في حالة ما اذا كان الدفع عن دين غير حقيقى ، كأن كان الدين لا أصل له بالمرة أو كان الدين باطلا ، فلا يشترط الغلط فى الاسترداد . بل يجوز الاسترداد حتى لو كان الدافع يعلم بأنه يدفع دينا غير حقيقى بالمرة ، أو دينا باطلا . وهذا رأى فريق آخر من الشارحين ويؤيده بعض أحكام المحاكم [2]

هذان هما الرأيان اللذان قال بهما شارحو القانون الفرنسى . وحجة الرأى الاول فى اشتراط الغلط فى جميع الاحوال التقاليد الرومانية والقانون الفرنسى القديم والعدالة أيضا . أما العدالة فلأنه من الطبيعى أن القانون يحمى من يقع فى الخطأ ، وللخطأ أو الغلط أثر ظاهر في العقود . وأما اذا ظهر بأن الدافع لم يغلط ولم يخطىء بل دفع وهو يعلم بأنه يدفع دينا غير مطالب به أصلا أو غير مطالب به أزاء من يدفع له : فى هذه الحالة ليس الدافع جديراً بأى رعاية قانونية . مادام انه أجرى عمله وهو على علم يتبين مما يعمله . إذ يفسر هذا العلم بأنه أراد التبرع أو أراد دفع دين طبيعى أو انه أراد ان يقوم بأداء خدمة للمدفوع اليه أو انه اراد تأييد التزام سابق باطل . هذه هى حجة الفريق الاول الذى يشترط الغلط في الاسترداد فى جميع الاحوال

أما الفريق الثانى فانه لا يرى الاخذ بشرط الغلط الا فى حالة واحدة وهى حالة دفع دين حقيقى الى دائن غير حقيقى . و يستنتج اصحابه من ذلك كما رأينا بأنه لا يشترط

---

(1) sciemment

(2) استئناف م ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ت ق ٢٢ ، ٣٠٣

الغلط فى الاحوال الاخرى عند الاسترداد . اى اذا دفع الدافع دينا ليس مدينا به اصلا او دفع دينا باطلا وهو يعلم فى كل ذلك بأنه غير ملزم ، فله مع ذلك حق الاسترداد لان الغلط مقصور فقط على حالة دفع الدين الحقيقى لغير الدائن وحجته فى ذلك عدم الخروج عن منطوق المادة ١٤٨ / ٢٠٩ مدنى و١٢٧٧ فرنسى اذ ان الغلط لا يشترط فى صحة الاسترداد الا اذا كان خاصا فقط بدفع دين صحيح الى غير الدائن

٦٨٠ — هذان هما الرأيان وهذه هى حجة كل منهما . ونرى ان كلا من هذين الرأيين قد خرج بنظريته بعيداً بحيث تعتبر كل نظرية منها مشوبة بالاطلاق والتعميم. والرأى الاصح الذى يجب الاخذ به فى تقرير نظرية استرداد المدفوع بلا حق إنما هو الرجوع الى قضاء المحاكم نفسه واستكناه اركان القواعد الصحيحة العامة منه . أى القواعد التى يجب الاخذ بها مع الاستعانة بالنصوص القانونية ايضاً . والذى يستفاد من استقراء احكام المحاكم ان هناك احوالا لابد فيها من اشتراط الغلط فى صحة الاسترداد واحوالا ليس فيها من اللازم اشتراط الغلط

٦٨١ — *الحالة الاولى : فى شرط الغلط لجواز الاسترداد* . فى الكثير من الاحوال لايجوز للدافع حق الاسترداد الا اذا ثبت بانه دفع غلطا أى وهو لايعلم بالحقيقة المستورة عنه ، بمعنى انه دفع وهو مدفوع بعامل الغلط ولا علم له بحقيقة الحال . أى انه دفع دينا ولم يكن هناك سبب قانونى يبرر الدفع .وعلى ذلك يعتبر فى الاصل ان دفعه صحيح أى ان لدفعه سببا قانونيا مشروعا [1] فاذا ادعى الغلط من جانبه ، اى عدم وجود سبب قانونى للدفع، لزمه الاثبات [2] أى ان المفروض وجود السبب القانونى للدفع . وعلى ذلك يحمل المدعى فى الاسترداد باثبات الغلط من جانبه [3] والتعليل القانونى فى ذلك ان الاصل فى العقود صحتها اى الاصل فيها ان لها سببا قانونيا (المادة ١١٣٢ مدنى فرنسى وحكمها عام) فاذا انعقد العقد بين شخصين التزم به كل

(١) كولين وكابيتان ج ٢ ص ٤٤١ م — بلانيول ص ٢٦٧ ن ٨٤٠ (٢) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ت ق م ٩ ، ٧٨ . — ٢٠ يونيو سنة ٩٠٥ م ت ق م ، ٧ ، ٣٥٩
(٣) دى هلتس ج ٢ ص ٩٥ ن ١٥٠

منها فمن ادعى عكس مايقرره العقد فى ظاهره لزمه الاثبات [1]

٦٨٢ — هذه هى القاعدة العامة . والآن تأخذ فى بيان الاوجه فى تطبيقها بالرجوع الى الاحوال العملية القضائية والى النصوص القانونية المؤيدة لها

١ — مادة المادة ١٤٨/٢٥٦ مدنى و ١٣٧٧ فرنسى : لم تخرج هذه المادة عن كونها مظهراً عملياً لهذه القاعدة . اذ أباحت هذه المادة أن من دفع خطأ لغير دائنه جاز له استرداد ما دفعه ، الا اذا كان المدفوع اليه حسن النية وأعدم سند الاستدانة . فالدفع فى ذاته من الاجنبى غير المدين الاصلى جائز قانوناً (المادة ١٦٠/٢٢٣ مدنى و١٢٣٦ فرنسى) أى الدفع صحيح ، وصحته راجعة الى أن الدافع يدفع ديناً ليس ملزماً به أصلا . وهو فى هذه الحالة اما انه يدفع متبرعا الى المدين فيما اذا كان الدين موجوداً أصلا ، أو انه يدفع في سبيل تحرير ذمة المدين أمام دائنه ، ثم الرجوع فيما بعد على المدين . فالدفع في ذاته صحيح ما دام يعلم الدافع بحقيقته . وعلمه بهذه الحقيقة مفروض . انما الذى لايفرض هو جهله بالحقيقة ، أى غلطه فى أنه دفع ديناً كان يظن انه مدين به الى ذلك الدائن حامل السند

٢ — الوفاء بالدين الطبيعى والمادة ١٤٧/٢٠٨ مدنى و١٢٣٥ فرنسى : رأينا أن الشارحين والقضاء هنا وهناك يقولون بصحة الوفاء بالدين الطبيعى وعدم

---

(١) ١٠ مارس سنة ٩٧ م ت ق . ٩ . ١٩٠ . — وما القول حينئذ فى شركة تعمل على استهلاك سهومها actions وسنداتها obligations فخرج سهم أو سند بالقرعة ووجب حينئذ استهلاكه amortissement اى دفع قيمته المتفق عليها الى صاحبه وهو حامله ، ومع ذلك فان الشركة لم تجر عملية الاستهلاك وظلت تدفع الفوائد لصاحبها وهى معتقدة خطأ ان السند لم يخرج بالقرعة فى الاستهلاك : فهل يجوز للشركة ان تسترد ما دفعته من الارباح اخذاً بنظرية الغلط او الخطأ وان تدفع لصاحب السهم قيمته ؟ اى ليس لها حق استرداد الارباح ؟ اختلف القضاء الفرنسى فى تقرير الرأى وصدر قانون فرنسى فى اول اغسطس سنة ١٨٩٢ اقر الرأى الفرنسى بعدم جواز الاسترداد وهذا هو الرأى الاصح : بلانيول ص ٢٦٧ - ٢٦٨ ن ٨٤١ . — ليون كان ج ٣ ص ٥٠٥ ن ٦٦٢ الطبعة الثالثة . — وكذلك فى القانون المصرى مع كونه ليس به نصوص تحكى مافى القانون الفرنسى فلا بد هنا ان نأخذ بالرأى القائل بعدم جواز الاسترداد . لانه من المتعذر كثيراً كما يقول بحق بلانيول ان تكون الشركة قد اخطأت بينما هى تراقب كل يوم حركة سنداتها وسهومها وتعرف من شؤونها فى الاستهلاك من طريق القرعة ما لا يعرفه الغير . وعلى ذلك تعتبر انها على الاقل مخطئة ، ويجب ان تتحمل عبء خطئها لانه ليس من السهل القول بان الشركة تحرم حامل السند من ارباح قيمته بينما كانت منتفعة فى الواقع بالسند نفسه

استرداده وأنهم علقوا ذلك على شرط أن يكون الوفاء بإرادة الدافع ، أى وهو يعلم بانه يدفع ديناً طبيعياً . فاذا حصل الوفاء منه خطأ ، جاز له الاسترداد[1] وحجة القضاء فى عدم جواز الاسترداد هى المادة ١٤٧ / ٢٠٨ مدنى الخاصة بالدين الطبيعى ، حيث قال فى معرض دعوى المطالبة بمبالغ مدفوعة فى مضاربات البورصة قبل صدور قانون رقم ٢٣ سنة ٩٠٩ المعدل للمادة ٦٦/ ٧٥ تجارى وما بعدها ، ما يأتى : « وحيث انه بناء على ما هو مأخوذ به من القواعد العامة فى هذه الحالة وعلى ما هو مقرر فى القانون المصرى نفسه بانه لا يجوز استرداد ما دفع بإرادة الدافع وبناء على واجب غير مؤيد بالقانون »[2] هذا ولكننا أبنا فى عرض نظرية الالتزام الطبيعى أننا لسنا على هذا الرأى وأتينا بالاحتمالات الشكلية التى يمكن أن يتكيف بها الوفاء بدين طبيعى ، سواء أ كان الغلط واقعا فى القانون أم في تقدير الوقائع (ن ٣٧٩)

٣ — **دفع المراهن أو المقامر بقيمة الرهان والمادة ١٩١٧ مدنى فرنسى :** سبق لنا أن قلنا (فى ن ٣٧٣) بان المادة ١٩٦٧ مدنى فرنسى قررت بانه لا يجوز لمن تراهن أو تقامر أن يسترد ما دفعه من قيمة المراهنة او المقامرة ، الا اذا كان دفعها له مشوبا بالغش أو التدليس والاحتيال . وقلنا بانه يجب الاخذ بهذه المادة فى القانون المصرى ، باعتبارها تقرر قاعدة عامة . أى لا يجوز الاسترداد الا اذا قام الدليل على حصول الغلط من جانب الدافع (النقض المصرى أول سبتمبر سنة ٩٠٩ م ر ١ ، ١١ ص ٣٦) وكذلك في حالة المضاربات بالبورصة قبل صدور قانون رقم ٢٣ سنة ٩٠٩ الذى عدل المواد ٦٦ — ٧٢/ ٧٥ — ٨١ من القانون التجارى وأباح المضاربات الخاصة بتحصيل الفرق بين ثمن المبيع صوريا وقت انعقاد العقد وبين اليوم المعين للتوريد الصورى ، فانها كانت محظورة باعتبارها مراهنة وقماراً . فاذا دفعت فيها مبالغ فما كان يجوز استردادها[3] . أما اذا اخذ الدائن فى المقامرة سنداً على مدينه فلا يجوز

(١) دى هلس ج ٢ ص ٩٧ ن ١٥٧ (٢) استئناف ٦ يناير سنة ٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ، ٨

(٣) دى هلس ج ٢ ص ٩٦ ن ١٥٦ فى آخرها . — استئناف م أول ابريل سنة ٩٠٣ م ت ق ، ٢٥ ، ٢٢ . — ٦ ابريل سنة ٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ، ٧٩

مطالبة هذا الاخير به نقسا وسببا لعدم مشروعيته ويجوز للمدين اثبات عدم المشروعية بجميع الاوجه القانونية بما فيها القرائن وشهادة الشهود (١)

٤ — **الغلط في أصل الدين وفي شخص المدفوع اليه** : اذا دفع الدافع وادعى بأن لا أصل للدين البتة ، او أن المدفوع اليه ليس هو الدائن ، لزمه الاثبات (٢)

٦٨٣ — الحالة الثانية : الغلط ليس لازماً في الاسترداد : هناك بعض الاحوال يجوز فيها الاسترداد ولا يشترط فيها حصول غلط من الدافع اذ يصح الاسترداد ولو أن الدفع حصل برغبة الدافع وهو يعلم بما يحيط به من الظروف . وهذه الاحوال على ثلاثة أنواع : التهديد ، وعدم مشروعية سبب العقد ، وفقد الاهلية

٦٨٤ — النوع الاول : التهديد : وهو الآخر على نوعين . تهديد من شخص لشخص وتهديد من سلطة لشخص

١ — **تهديد من شخص لشخص** . ومثاله أن مدينا وفّى دينه وأخذ ايصالا من دائنه ثم افتقده . فعلم الدائن بافتقاد الايصال فطالب المدين بالدين مرة ثانية واضطر المدين الى الوفاء ثانيا حرصاً على سمعته من الحكم عليه ودفع الدين للمرة الثانية وأخذ ايصالا بذلك . ثم بحث عن الايصال الاول فوجده : في هذه الحالة يجوز لهذا المدين استرداد ما دفعه ثانياً ولو أنه دفع وهو يعلم بظروف دفعه لانه دفع وهو مكره خوفا من الحكم عليه قضائيا بالدين وتحمل المصاريف وضياع الوقت والتشهير به (٣) هذا ولا يجوز الأخذ بالاضطراد في هذه الاحوال وعلى ذلك لا يصح الاسترداد في كل الاحوال كما اذا ادعى المسترد بأنه دفع نظراً لظروف خاصة وانه لم يدفع الا بنية استرداد ما دفعه (٤)

٢ — **تهديد من سلطة لشخص** : اذا طالبت الحكومة المالك بغير حق دفع أموال وعارضها في الدفع وبين لها وجه عدم صحة مطالبتها له فأبت عليه الاخذ برأيه

---

(١) محكمة طنطا الجزئية أول ابريل سنة ٩٠٣ م ر ١ ، ٤ ص ١٧٨ . — الازبكية ٢٧ نوفمبر سنة ٩٢٣ المحاماة ، ٤ ص ٢٦٠ رقم ١٩١ (٢) د ، ٩٠٤ ، ١ ، ٢١٥ . — س ، ٩٠٤ ، ١ ، ٢٦٤ . — د ، ٩١٣ ، ١ ، ٥١١ (٣) د ، ٩١ ، ١ ، ١٨٢ . — س ، ٩٢ ، ١ ، ١٥٠ .
(٤) استئناف م ١٣ فبراير سنة ٩٠٢ م ت ق ، ١٤ ، ١٣٢ .

وهددته بالحجز الادارى فدفع مضطراً ، جاز له فى هذه الحالة استرداد ما دفعه بدعوى على حدة، ولا يصح دفع الدعوى قبله بأنه دفع ولم يكن دفعه مشوبا بالغلط[١] ونلاحظ على هذا الحكم انه رجع فى رأيه الى أن المادده ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى لا تشترط حصول الغلط من جانب المدفوع اليه كما اشترطته المادة ١٣٧٦ فرنسى . وهذا التعليل غير صحيح كما مر فى نبذة ٦٧٧ اذ رأينا أن المادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى تفسر أيضا كما تفسر المادة ١٣٧٦ فرنسى المقابلة لها . وقد بينا ذلك فى النبذة المذكورة عند تفسير المادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى و ١٣٧٦ فرنسى بما يطابق رأى القضاء والفقه الفرنسيين[٢]

واذا دفعت على دعوى رسوم أكثر مما يجب تحصيله فيجوز استرداد الزيادة[٣] ولا يجوز دفع الدعوى بأن دفع المبلغ من قبل الدافع لم يكن نتيجة الخطأ أو الغلط لأنه فى حالة تشبه التهديد أيضا فهو مضطر للدفع والا لا يؤشر له على عريضة الدعوى ولا تقيد بجدول المحكمة

٦٨٥ — **النوع الثانى « عدم مشروعية سبب العقد »** : ان عدم مشروعية العقد تفسده وعلى ذلك ان كان الدين راجعا لسبب غير مشروع[٤] أو مخالفا للآداب والاخلاق[٥] ووفى به المدين ، جاز لهذا الأخير استرداد مادفعه ، دون أن يلزم باثبات حصول غلط من جانبه سواء أكان غلطا قانونيا[٦] فيما اذا اعتقد بأن مثل هذا العقد مما تجوز فيه المطالبة القضائية ، أم كان غلطا موضوعيا[٧] . ولكن يجب ملاحظة أن الرومان قرروا قاعدة لازال العمل يأخذ بها فى الوقت الحاضر وهى انه لا يصغى الى قول من يستفيد من سوء عمله[٨] بمعنى انه كان سوء العمل مشتركا بين العاقدين وكانا فيه سواء فلا تكون لمن دفع حق استرداد ما دفعه الى الآخر فمن دفع ثمنا لبيت بغاء أو لبيت قمار لا يجوز له استرداد الثمن[٩] وكذلك لا يجوز أيضا

(١) استئناف م ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ت ق ٢٠٢،٢٢ (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٤١٢
(٣) محكمة الموسكى الجزئية ٦ مارس سنة ١٩٠١ م ر ١ ، ٣ ص ٥٤ رقم ١٨ (٤) cause illicite (٥) cause immorale (٦) erreur de droit (٧) erreur de fait
(٨) nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans أى personne n'est écouté s'il se prévaut de sa propre turpitude
(٩) د ١٩٠٥،١، ٢٦٣ ـ س ٩٦، ١، ٢٨٩ ومثال Appert . ـ د ٨٩، ٢، ٢٥٣ ـ س ٩١، ٢، ٨٩

استرداد الايجار المدفوع عن منزل للبغاء أو للقمار [(١)] ولا يسترد مادفعه الرجل لامرأة في مقابل اقامتها معه زمنا ما [(٢)] واذا دفع مبلغ لارتكاب جريمة لا يجوز استرداده

على انه يجب أن يلاحظ في مثل هذه الاحوال المتقدمة أن القضاء يجري على انه لا يحظر الاسترداد على المدعي الا اذا كان عدم المشروعية أو المخالفة للآداب والاخلاق آتيا من جانبه . أي اذا كان فساد السبب من جانب المدفوع اليه دون الدافع جاز الاسترداد . فاذا حصل عقد القرض بفوائد ربوية تزيد عن النصاب القانوني وهو ٩٪ جاز للمدين طلب استرداد الزيادة ولا يحتج عليه بانه شريك في عدم المشروعية لانه اضطر اليها ولم يرض بها الا كرهاً [(٣)] ويصح الاسترداد من جانب من دفع مبلغا لشخص حتى يمتنع هذا الاخير عن ارتكاب جريمة ما [(٤)]

النوع الثالث . فقد الاهلية لدى الدفع : اذا حصل الوفاء من مفقود الاهلية جاز لوليه أو وصيه أو قيمه استرداد ما دفع ، ولو كان الدافع يعلم بما يشوب الوفاء

٢) فيما يترتب على الاسترداد ومالا يترتب عليه

٦٨٦ — رأينا أن المسوغ القانوني لنظرية الاسترداد هو العدالة والاصول العامة للالتزامات وبناء على ذلك رتب القانون قواعده في هذا الشأن وميز بين الموفى اليه حسن النية والموفي اليه سيء النية [(٥)] إذ لحسن النية وسوئها أثر ظاهر في ترتب النتائج القانونية . وقد أشرنا الى ذلك في مواطن عدة وعلى الاخص في نظرية الوفاء والتقصير أو الخطأ ، ونظرية الهلاك . ونرى الآن أن نفرد كلمة خاصة لكل من حسن النية وسوء النية

الحالة الاولى : الموفى اليه سيء النية : هذا الشخص ليس جديراً بحماية القانون له وعطفه عليه ويعتبر سيء النية فيما اذا قبض الشيء وهو يعلم بالعيب الذي

---

(١) دى هلس ج ٢ ص ٩٦ ن ١٥٦ (٢) دى هلس النبذة ذاتها (٣) بلانيول ج ٢ ن ٨٤٦ دى هلس ج ٢ ص ٩٦ ن ١٥٦ في نهايتها . ـ د ، ٩٠٨ ، ٢ ، ٣٦٣ . ـ س ، ٩٠٩ ، ٢ ، ٢٢ . ـ كولين وكابتان ج ٢ ص ٤١٣ . ـ قارن حكم محكمة بني سويف الجزئية في ١٢ نوفمبر سنة ٩٠١ م ر ا ، ٣ ص ١٣٨ اذ أباح عدم جواز استرداد الفوائد الربوية في الرهن الحيازى .
(٤) كولين وكابتان ج ٢ ص ٤١٣ (٥) دى هلس ج ٢ ص ٩٧ ن ١٥٩

يشوب الوفاء والقبض ، وعلى الاخص فيما اذا كان يعلم بان سبب العقد مخالف للنظام العام أو الاخلاق أو العوائد الحسنة أو القانون ، وفي هذه الحالة يلزم برد ما استلمه وثمراته وفوائده من وقت قبضه للأصل (المادة ١٤٦ / ٢٠٧ مدنى و١٣٧٨ فرنسى) [١]

فاذا كان ما استلمه شيئا ماديا منقولا كان أو عقاراً وجب عليه أن يرده بعينه ان وجد . أو يرد ثمنه اذا هلك بخطئه وتقصيره أو بغيرهما . وهذا مستفاد من المواد ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى و ١٤٦ / ٢٠٧ مدنى معا ومن المادة ١٣٧٩ فرنسى [٢] وعليه رد القيمة فيما لو وهبه [٣] وعليه دفع قيمة الشيء الى الموفي وقت رفع الدعوى عليه اذا سبق له أن تصرف فيه للغير . وعلى ذلك لا تبرأ ذمته في هذه الحالة الاخيرة اذا اكتفى برد الثمن الذى قبضه فقط ، فيما اذا كان الثمن أقل من القيمة الحقيقية للشيء . وهذا ما يستفاد من طريق الدليل العكسى للمادة ١٣٨٠ مدنى فرنسى التى قررت بان الموفى اليه حسن النية يلزم برد الثمن الذى قبضه فقط . وحكم المادة هذه حكم عام سواء فى ذلك حكمها الظاهر أو المستفاد من الدليل العكسى . وعلى المدفوع اليه أن يرد قيمة الشيء المقبوض لديه حتى لو كان قد هلك فى حادث جبرى أو قهرى (المادة ١٣٧٩ مدنى فرنسى وحكمها عام) وحكم المدفوع اليه سيء النية فى هذه الحالة حكم السارق كما قال بحق كولين وكابتان [٤] يدخل تحت نص المادة ١٣٠٢ مدنى فرنسى الفقرة الاخيرة (وحكمها عام كما سبق ان رأينا ذلك فى مكانه)

واذا تصرف في الشيء بطريق الهبة وجب عليه أيضاً رد قيمته [٥]

وان كان القانون قد حمّل المدفوع اليه سيء النية بما حمّل وأثقل ظهره من التكاليف الثقيلة الناشئة عن سوء نيته ، الا انه قد حماه فى موطن واحد وهو فى حالة ما اذا صرف على الشيء مصروفات ضرورية أو نافعة اذ قرر له بالمادة ١٣٨١ (وحكمها عام) حق المطالبة بقيمة المصاريف الضرورية [٦] واذا كانت المصاريف نافعة [٧] فله حق المطالبة فقط بما زاد فى قيمة الشيء بسبب هذه المصاريف [٨] وأما

(١) دى هلس ج ٢ ص ٩٨ ن ١٦٥ (٢) دى هلس ج ٢ ص ٩٨ ن ١٦٢ (٣) دى هلس ج ٢ ص ٩٩ ن ١٦٨ (٤) ج ٢ ص ٤١٣ (٥) دى هلس ج ٢ ص ٩٩ ن ١٦٨

plus-value (٨) impenses utiles (٧) impenses nécessaires (٦)

مصاريف الزخرفة [١] فلا يجوز له المطالبة بها مطلقا سواء هى بنفسها أو بما زاد فى قيمة الشىء بسببها [٢]

٦٨٨ — الحالة الثانية : الموفى اليه حسن النية . هذا هو الذى يعطف عليه القانون ولا يثقل ظهره بالتكاليف التى تحمل بها سيء النية. والقاعدة الاصلية التى تمشى عليه هى أنه لا يلزم فى الاصل الا بقدر ما عاد اليه من المنفعه . و يترتب على ذلك ما يأتى :

١ — لا يلزم برد الثمرات والفوائد التى حصلها . وهذا ما تقرره المادة ١٤٦/٢٠٧ مدنى و ١٣٧٨ مدنى :

٢ — اذا سبق له و باع الشىء فلا يلزم الا برد الثمن الذى قبضه فقط (المادة ١٣٨٠ مدنى فرنسى وحكمها عام كما رأينا) ولا يلزم بشىء فيما اذا وهبه [٣]

٣ — اذا هلك الشىء فى حادث قهرى أو جبرى برئت ذمته . أى الهلاك على المالك وهو الموفى [٤] وهذا ما يستفاد من طريق عكسى لمادة ١٣٧٩ فرنسى ، الا اذا كان الهلاك بتقصيره أى خطئه الجسيم [٥] فهلاكه عليه [٦]

٤ — يعفيه القانون من كل رد اذا هلك سند الاستدانة عقب الوفاء اليه . وهذا ما تقرره المادة ١٤٨/٢٠٩ مدنى و ١٣٧٧ فقرة ٢ فرنسى أى أن القانون يقرر له حق الدفع بعدم جواز سماع الدعوى قبله [٧] والسبب فى ذلك هو حرمانه من سند الاستدانة الذى كان يعتمد عليه اذ بتلفه لا يستطيع مطالبة مدينه بلدين . وليس من العدل حينئذ الزامه برد مبلغ لا يستطيع الحصول عليه فيما بعد

اذا علم ذلك فما القول فيما اذا كان سبب الاستحالة فى حصول الدائن هذه المرة على الدين من مدينه ليس هلاك سند الاستدانة عقب الوفاء اليه ، بل مضى المدة أى سقوط الدين بالمدة القانونية بعد الوفاء ؟ وما القول ايضا فيما اذا ترتب على الوفاء زوال الضمانات التى كانت مقررة للدائن تأمينا لدينه ؟ فهل تلحق هاتان الحالتان بالحالة التى

---

(١) impenses voluptuaires (٢) دى هلس ج ٢ ص ٩٩ ن ١٧٠ (٣) دى هلس ج ٢ ص ٩٩ ن ١٦٧ (٤) res perit domino (٥) faute grave (٦) دى هلس ج ٢ ص ٩٨ ن ١٦٢ (٧) fin de non-recevoir

قربها المادة ١٤٨ / ٢٠٩ مدنى و ١٣٧٧ فرنسى ، ويحظر الاسترداد حينئذ على الدافع ما دام قد ترتب على غلطه زوال الدين بمضى المدة ، وزوال التأمينات ؟ أجاب القضاء على ذلك بالايجاب [1]

٦٨٩ – فى المسوغ القانونى للمادة ١٤٨ / ٢٠٩ مدنى و١٣٧٧ فرنسى :

من العدل والقانون أن لا يتحمل انسان غلط غيره ، بل يلزم الغير بنتائج غلطه هو وعند تعارض مصلحة الدائن (حسن النية) مع مصلحة الدافع (الذى وقع الغلط من جانبه) يجب تفضيل الاول لانه لم يقع من جانبه شىء ما ولو أن ما وقع قد وقع فعلا ، ولكنه لا يعلم بما وقع — أى عند تعارض عدم العلم ، وهو حسن النية ، مع الغلط يجب تفضيل الاول على الثانى . ولكن أليس فى ذلك شىء من التعسف فى النظر ؟ إذ كيف يفضل عدم العلم ، على الغلط ، وكلاهما غلط ، إذ عدم العلم هو غلط ، مهما قيل فى عدم العلم من حسن النية . أليس الغلط أيضا فى هذه الحالة هو عدم العلم ؟ واذا كان كذلك فكيف يفضل عدم العلم على عدم العلم ، ونفى العلم سواء فى الاثنين ؟ اذا علم ذلك أمكن القول بان المادة ١٤٨ / ٢٠٩ مدنى تسويغ بلا مسوغ . وهو ما يرفضه العقل . ولا يمكن ادراك التسويغ بلا مسوغ الا اذا صدر من مجنون — اذا علم ذلك فماذا يكون حينئذ المسوغ لدى الشارع لمادة ١٤٨ ؟ الذى نقول به انه قد رجع الى الشعور بالعدالة ، أى رجع الى فكرة الهلاك أو الضمان [2] فرأى من الحق والعدل أن يتحمل الهلاك من صدر العمل من جانبه ، لا من تلقى العمل (وتشبه هذه الحالة حالة الهلاك عند وقوع ضرر من مالك الشىء الى الغير) أى أن الدافع يضمن عمله لانه صادر منه ، ولا يضمنه عليه المدفوع اليه ، لانه صادر اليه . ولكن هل هذا صحيح أيضا حتى لو سعى الدائن بحسن نية الى الدافع فدفع هذا الاخير بناء على سعى الاول ، ألم يكن الاجدر فى هذه الحالة جعل الضمان على الموفى اليه لانه لولا سعيه ما دفع الموفى ، ولأنه هو البادئ ، فكان يجب أن يضمن ما ترتب على ما صدر منه باعتباره بادئا فيه ؟ ولكن يظهر أن الشارع خشى هذا التميز ودقته واحتمال خلط التقدير فيه فارسل القاعدة بالمادة ١٤٨ ارسالا عاما وأطلقها من عقال الدقة فى التقدير

(١) د ، ٩٢ ، ٢ ، ١٧٧ . — س ، ٩٢ ، ٢ ، ٢٠٤ وتعليق «لبريه Lebret» — د ، ٩١٣ ، ١ ، ٩٦ . — س ٩١٣ ، ١ ، ٨٩

(٢) risque

في دعوى المطالبة بمقابل المنفعة

٦٩٠ — رأينا في تفسيرنا للمواد ١٤٥ — ١٤٨/٢٠٦ — ٢٠٩ مدنى و١٣٧٥ — ١٣٨١ فرنسى أن القانون أراد تقرير نظرية استرداد المدفوع بلا حق. أى قرر القواعد الخاصة برد ما دفع. ولكنه لم يقرر نظرية الاثراء على حساب الغير [(١)] تقريراً عاماً ولا الدعوى المقررة لها وهى دعوى المطالبة بمقابل المنفعة [(٢)]. لذا يجب وضع أركان هـذه النظرية الاخيرة بعد استقراء أدوارها التاريخية والاحكام العديدة التى صدرت فيها فى صور شتى

على اننا وان كنا قد أشرنا الى ان المادة ١٤٤/٢٠٥ مدنى تتعلق باعمال الفضولى الا انه نظراً لعبارتها العامة وعلى الاخص عبارة صـدر المادة لا عجزها فانه يصح اعتبارها مصدراً تشريعياً ترجع اليه نظرية الاثراء على حساب الغير. فقد قررت هذه المادة أن « من فعل بالقصد [(٣)] شيئاً [(٤)] تترتب عليه منفعة [(٥)] لشخص آخر فيستحق [(٦)] على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها [(٧)] بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل الى ذلك الشخص من المنفعة ». [(٨)] والاطلاق فى صدر المادة يشعر بان الشارع أراد تقرير نظرية الاثراء على حساب الغير. الا ان عجز المادة حدد ما أطلقه صـدرها فجعل النص فى عمومه خاصاً بالفضولى. ولكن رغم ذلك فانا نستطيع أيضاً استخدام هذه المادة فى تقرير نظرية الاثراء على حساب الغير [(٩)]

---

(١) enrichissement sans cause (٢) actio de in rem verso (٣) intentionnellement (٤) le fait (٥) bénéfice (٦) oblige (٧) depenses et pertes subies (٨) profit

(٩) انظر فى هذه النظرية بحثا هاما نشره الاستاذ Rouast بمجلة Revue trimestrielle سنة ٩٢٣ ص ٣٥ - ١٠٩ - وبحثا آخر بالمجلة نفسها سنة ٩٢٠ كتبه الاستاذ Renard ص ٢٤٣ وما بعدها . - انظر كولين وكابتان ج ٢ ص ٤١٤ - ٤٢١ وعلى الاخص المراجع الواردة بالحاشية ١ من صفحة ٤١٤

١) فى الادوار التاريخية لدعوى المطالبة بمقابل المنفعة [١]

٦٩١ — نرى من اللازم أن نقسم هذه الادوار التاريخية الى ثلاثة أقسام: عند الرومان وفى القانون الفرنسى قبل سنة ١٨٠٤ و بعدها

٦٩٢ – الدور الاول : دعوى المطالبة بمقابل المنفعة عند الرومان :
للمشترع المعروف بومبونيوس [٢] عبارة مشهورة عنه معناها أنه « من العدالة الطبيعية انه لا يجوز للانسان ان يثري اضراراً بالغير » [٣] وهي قاعدة تمليها البداهة ويؤيدها العقل باعتبارها أصلا من الاصول الصحيحة العمرانية . اذ لا يجوز لاحد ان يثرى مما يجريه له الغير من مال الغير . ولكن يجب مع ذلك عدم الاخذ بهذه القاعدة بطريقة عامة لان نفس الموسوعات الرومانية قيدتها بقيود ولم تأخذ بها على هذا الاطلاق .

فاذا أصلح جار ملكه وعادت منفعة ظاهرة من الاصلاح على ملك جاره بما زاد فى قيمته . أو اذا قام شخص بالاعمال اللازمة حتى يتقى بها أضرار الغرق والفيضان على ملكه ، فاستفاد من ذلك المالك المجاور أو البعيد عنه . اذا حصل ذلك ، أي اذا أصاب الغير منفعة من جراء قيام الشخص بعمل خاص بملكه ، فلا يجوز لصاحب العمل مطالبة الغير ، الذى استفاد من طريق غير مباشر ، بقيمة المنفعة التى عادت عليه من هذا العمل ، لان الاصل فى المطالبة بمقابل المنفعة لا يصح الا اذا حصل العمل الذى تسبب عنه ضرر بصاحب العمل [٤] ، أى انه ترتب على عمل الشخص سلب جزء من ماله [٥] وظهور مقابل له فى المال عند الغير ، أى ماينتقص من مال الشخص يزيد فى مال الغير . فاذا لم يصب مال الشخص نقص ما ، بل أجرى تحسين ماله ، واستفاد الغير عرضا من ذلك فلا يجوز لصاحب العمل ان يطالب الغير الذى انتفع ، بأى شيء فى مقابل المنفعة . لان هذه المنفعة فى مال الغير لم يكن لها مقابل فى مال الشخص من حيث النقص

---

(١) Actio de in rem verso (٢) Pomponius (٣) "jure naturae aequum est neminem cum alterius deltrimento et injuria fieri locupletiorem": — il est d'équité naturelle que nul ne doive s'enrichir au detriment et au préjudice d'autrui (٤) cum alterius detrimento (٥) l'appauvrissement

كذلك أيضاً اذا اجرى المستأجر فى مدة عشرين سنة من تاريخ الايجار أبنية لمصلحته الخاصة تسهيلا له فى استقلال الارض المؤجرة اليه، وجب عليه تركها فى نهاية الاجارة وعدم المساس بها لانها تعتبر مملوكة للمالك المؤجر . فاذا لم يشترط المستأجر على المؤجر أن يدفع له هذا الاخير مبلغاً فى مقابل ما عاد على الارض من الزيادة فى قيمتها فليس له حق المطالبة عند عدم وجود هذا الشرط. والعلة فى ذلك أن الاثراء الذى وقع للمؤجر لم يأت له بلا سبب [١] بل كان سببه عقد الايجار المنعقد بين المستأجر والمؤجر [٢]

لهذا يكون من المجازفة القول بان الرومان أطلقوا عبارة پومبونيوس [٣] على معناها العام المستفاد من ظاهرها دون تقييدها بالقيود التى ذكرناها . وعلى ذلك ليس صحيحا القول بان الرومان أجازوا المطالبة بتعويض [٤] فى كل حالة ظهر فيها أثراء للغير وعلى مصاريف الشخص. والحقيقة أن الرومان قرروا دعاوى شخصية [٥] فى بعض الاحوال الخاصة وأجازوا فيها لمن أصابه ضرر، من جراء المنفعة التى عادت على الغير، مطالبة هذا الغير بتعويض ذلك الضرر

ولقد سبق لنا أن رأينا نوعا من هذه الدعاوى الشخصية [٦] وهى دعوى استرداد المدفوع بلا حق [٧] وهاك باقى أنواعها :

دعوى المطالبة بقيمة ما وفى به الملتزم بشىء مستقبل لم يتحقق بعد [٨]

ودعوى المطالبة بمقابل المنفعة الناشئة عن عمل مخالف للآداب والاخلاق أو الناشئة عن جنحة [٩]

ودعوى المطالبة بمقابل المنفعة التى حصلت بلا سبب [١٠] وهى القالب العام الذى تفرغ فيها المطالبة بوجه عام بمقابل المنفعة التى حصلت للغير بمصاريف ومال المتسبب فيها، دون أن يكون هناك عقد بين المطالب بالمنفعة والمدعى عليه المستفيد من المنفعة

(١) injuria أى sans cause (٢) كولين وكاپتان ج ٢ ص ٤١٤ – ٤١٥
(٣) Pomponius (٤) indemnité (٥) actions personnelles أى condictiones
(٦) condictiones (٧) condictio indebiti (٨) condictio causa data, causa non secula
(٩) condictio ob turpem vel injustam causam
(١٠) condictio sine causa

وفوق ما تقدم فان الرومان أجازوا للشخص الذى تعاقد مع من هو فى كنف غيره أو الشخص الخاضع لرب الاسرة [١] أجاز له حق مطالبة رب الاسرة نفسه [٢] بمقابل ما عاد من المنفعة على هذا الاخير [٣]

هذه هى الدعاوى التى قررها الرومان في حالة الاثراء على حساب الغير . ولننتقل الآن الى ما كان معروفا فى القانون الفرنسى قبل سنة ١٨٠٤

٦٩٣ — الدور الثانى : دعوى المطالبة بمقابل المنفعة عند الفرنسيين قبل سنة ١٨٠٤ : قرر فقهاء الفرنسيين قبل سنة ١٨٠٤ الاخذ بهذه الدعاوى المختلفة التى قررها الرومان فيما يتعلق بالمطالبة بمقابل المنفعة . وقال بذلك دوما وغيره إلا أن دوما أطلق عبارة بومبونيوس [٤] وأخذ بها بطريقة عامة . أما بوتييه فقد اكتفى بالافاضة فى دعوى الاسترداد بلا حق [٥] دون غيرها من الدعاوى الاخرى التى ذكرناها عند الرومان . ولكنه أضاف على ذلك قوله « بان العدالة لا تبيح الاثراء على حساب الغير » ثم قوله « بان القضاء الفرنسى جرى على اعتبار العدالة فى ذاتها كافية فى تقرير التزام مؤيد بدعوى » وهذا يدل على أن نظرية الاثراء لم تمته بعد

٦٩٤ — ولقد اعتاد هؤلاء المفسرون على أن يسموا بطريقة عامة دعوى المطالبة بمقابل المنفعة بهذه التسمية [٦] وهى التسمية التى قصرها الرومان كما رأينا على مطالبة رب الاسرة بما عاد اليه من المنفعة من تعامل الغير مع أفراد أسرته الخاضعين لسلطانه. ويرى بلانيول أنه كان الاولى تسمية دعوى المطالبة بمقابل المنفعة بدعوى استرداد المدفوع بلا سبب [٧] باعتبارها القالب العام لدعوى الاثراء، لأنها أقرب الى معناها ولأنها تقابل دعوى الاسترداد أو دعوى تثبيت الملكية [٨] اذ يراد بدعوى الاسترداد رد الشيء الموجود تحت يد الحائز بلا حق ، كما أنه يراد بدعوى المطالبة بمقابل المنفعة دفع مبلغ الى الطالب يعادل ما عاد من المنفعة على المدعى عليه بقدر ما عاد من الضرر على المدعى

---

(١) alieni juris (٢) pater familias (٣) وسموا هذه الدعوى بما يأتى : de peculio أو actio de in rem verso (٤) Pomponius (٥) condictio indebiti (٦) de in rem verso (٧) condictio sine causa (٨) action en revendication بلانيول ج ٢ ص ٣١٣ ن ٩٣٥ طبعة سنة ١٩٢١

أما وقد انتهينا من الاحاطة بالادوار التاريخية لهذه النظرية فلننتقل الآن الى درسها فى الوقت الحاضر

٢) دعوي المطالبة بمقابل المنفعة

فى الوقت الحاضر

٦٩٥ — رأينا من اللمحة التاريخية أن الرومان أطلقوا هذه التسمية [1] على الدعوى التى يراد بها مطالبة الشخص بما عاد عليه من المنفعة من عمل المدعى ومما خرج من مال هذا الاخير وظهر بمال الشخص. وانهم قصروا الدعاوى الاخرى على أنواع خاصة. ورأينا انهم جعلوا دعوى المطالبة بمقابل المنفعة [2] خاصة فقط بمطالبة الغير لرب الاسرة بسبب تعامل الغير مع أفراد الاسرة. ورأينا أن فقهاء الفرنسيين أطلقوا هذه التسمية الاخيرة على كل حالة يراد بها مطالبة الشخص بمقابل المنفعة بوجه عام، اي انهم أرادوا بالدعوي بالمطالبة بمقابل المنفعة [3] ما أراده الرومان من الدعوى بالمدفوع بلا سبب [4] وأن بلانيول انتقدهم في ذلك. ورأينا ان بوتييه افاض فقط فى دعوى استرداد المدفوع بلا حق [5] دون الدعاوى الاخرى. ولكنه مع ذلك لم تفته الاشارة الى القاعدة الأصولية العامة فى ان للعدالة ان تقرر التزاما مؤيداً بدعوى

٦٩٦ — اذا علمنا ذلك أمكننا الالمام بما اراده الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٤ من وضع مواده ١٣٧٦ – ١٣٨٠ مدنى وما اراده ايضا الشارع المصري من مواده ١٤٤ – ١٤٨/٢٠٥ – ٢٠٩ مدنى، وهل اراد الشارع الفرنسى او الشارع المصرى، ان يأخذ هو الآخر بنظرية الاثراء بلا سبب واعتبارها مظهراً من مظاهر العدالة وصورة من صورها واعتبار العدالة فيها مصدراً لالتزام الغير، أم لا

إن الشارع الفرنسى لم يرد كعادته أن يخرج عما يقرره له بوتييه. لذا رأى الشارع الفرنسى أن يشير فقط الى نظرية استرداد المدفوع بلا حق كما فعل بوتييه، دون أن يتعرض لنظرية الاثراء بلا سبب بوجه عام. ولكن لا يفيد ذلك مطلقا بأنه

(١) condictio sine causa (٢) de in rem verso (٣) de in rem verso
(٤) condictio sine causa (٥) condictio indebiti

أراد أن لا يأخذ بنظرية الاثراء بلا سبب ، وهي النظرية التي قررها الرومان وأقرها علماء الفرنسيس وأشار اليها أيضا بوتييه وهي النظرية التي قرروا لها دعوى مقابل النفعة [١] وأكبر الادلة على ذلك انه قرر الاخذ بها في مواطن عدة من مواده وهكذا أيضا فعل الشارع المصرى . اذ قرر الاخذ بنظرية استرداد المدفوع فى المواد ١٤٥ — ١٤٨ مدنى دون أن ينص فى هذا الباب على نص عام يتمشى على نظرية الاثراء بلا سبب . ولكن مع عدم وجود هذا النص فانه هو الآخر قد أخذ بنظرية الاثراء بلا سبب فى مواد كثيرة من قانونه ، وذلك فى حالتين

الحالة الاولى . حالة رد الحائز الشيء لمالكه الاصلى ثم حبسه تحت يده حتى يتقاضى ما صرفه من المصاريف الضرورية والمصاريف النافعة : قرر الشارع المصرى ، ومعه الشارع الفرنسى ، انه فى كل حالة يلزم فيها الشخص برد شيء الى آخر ، اما لسبب فسخ عقد تمليكه واما بسبب بطلانه ، يجوز له المطالبة بقيمة للصاريف الضرورية [٢] التى صرفها على الشيء ، وبقدر ما زاد من قيمة الشيء [٣] فيما اذا كانت المصاريف مصاريف تحسين [٤] وهذا ما قضت به المادة ٣٤٤/٤٣٠ مدنى و ١٦٧٣ فرنسى فى حالة استرداد البائع للشيء المبيع فى البيع الوفائى [٥] والمادة ١٣٨١ مدنى فرنسى (وحكمها عام) فى حالة استرداد المدفوع بلا حق والمادة ٤٨٨/٥٩٦ مدنى و ١٩٤٨ فرنسى فى حالة الوديعة ومـا صرفه المودع لديه من المصاريف للمحافظة على الشيء المودع والمادة ٥٥٢/٦٧٦ مدنى و ٢٠٨٠ فرنسى فى حالة ما اذا صرف الدائن المرتهن على الشيء المرهون عنده مصاريف ضرورية ، وما دام أن القانون يلزمه بالصرف فان مما لا شك فيه أن يكون له حق المطالبة بما صرفه . والمادة ٥٨٨/٧١٣ مدنى و ٢١٧٥ فرنسى فى حالة استرداد العقار من الحائز [٦] بواسطة الدائنين المرتهنين أو بواسطة الراسى عليه المزاد [٧] فانه يجوز للحائز للعقار حق المطالبة بقيمة ما صرفه من المصاريف الضرورية أو بقدر ما زاد في قيمة العقار مما صرفه عليه من المصاريف النافعة

(١) de in rem verso (٢) impenses nécessaires (٣) plus-value
(٤) impenses d'amélioration — كولن وكابتان ج ٢ ص ٤١٦ (٥) action en réméré
(٦) tiers détenteur (٧) adjudicataire

الحالة الثانية : حالة الالتصاق[1] : قرر الشارع بالمواد ٦٤ ـ ٦٧/٩٠ ـ ٩٢ مدني و ٥٥٤ و ٥٥٥ و ٥٧٠ و ٥٧١ و ٥٧٧ فرنسي الخاصة بالالتصاق انه يجب على المالك للشيء الاصلي[2] أن يدفع تعويضاً لمالك الشيء التبعي[3] وهو الشيء الذي التصق بالشيء الاصلي

هذه هي النصوص القانونية التي أوردها الشارع هنا وهناك بشأن الاثراء على حساب الغير وهي نصوص خاصة بأحوال معينة حصرناها في موضعين : موضع رد الحائز للشيء ، وموضع الالتصاق . ولكن ما القول بشأن الاحوال الاخرى التي لم يرد لها نص في القانون ؟ هل تسري عليها هذه القاعدة المستفادة من مواد الحالتين السابقتين ، أي قاعدة إلزام المنتفع بدفع قيمة ما انتفع به الى من تسبب له في هذه المنفعة ؟ واذا كانت هذه القاعدة صحيحة باعتبار أن العدالة هي التي تملي بها فما هو اذاً التعليل العلمي القانوني لهذه القاعدة ، قاعدة الاثراء على حساب الغير ؟ هذا هو ما نراه الآن

٣) المسوغ القانوني لنظرية الاثراء

على حساب الغير بوجه عام

٦٩٧ — انقسم الشارحون بشأن تقرير دعوى المطالبة بمقابل المنفعة[4] الى ثلاث طوائف : طائفة تقول بأن المسوغ القانوني للدعوى انما هو قيام المتسبب في المنفعة في اجراء عمل لمصلحة رب العمل باعتبار المتسبب يعمل عملا يحكي من بعض وجوهه أعمال الفضولي ، أي أن المسوغ هو الاخذ بنظرية أعمال الفضولي من طريق القياس[5] وطائفة تقول بأن المسوغ لدعوى المطالبة بمقابل المنفعة هو نفس المسوغ لنظرية المسئولية الشيئية أي المسوغ لنظرية الهلاك[6] وطائفة تقول بالعدالة والعادة. وبيان ذلك :

٦٩٨ — المذهب الاول : مذهب شبه أعمال الفضولي : قال هذا المذهب

(1) accession (2) chose principale (3) chose accessoire (4) de in rem verso (5) gestion d'affaires imparfaite ou anormale (6) risque

بأن الذي أحدث بمال الغير منفعة انما يحكي من بعض الوجوه الفضولي [1] الذي يقوم بأعمال تتعلق بمال رب العمل . لذا يكون المتسبب في حل من مطالبة المنتفع بما عاد عليه من النفع [2] . ولكن يعيب الناقدون على هذا المذهب أنه يضيق دون أن يأخذ تحت كنفه جميع الاحوال الخاصة بالاثراء على حساب الغير . ذلك لانه يلاحظ في الفضولي أنه يعمل بنية العمل في مصلحة رب العمل . ولكن يحصل كثيراً في الاثراء على حساب الغير ، أن المتسبب في الاثراء ما كان ليرمي مطلقاً الى القيام بعمل للغير ، بل لنفسه خاصة (كولين وكابتان ج ٢ ص ٤١٧)

٦٩٩ — المذهب الثاني : مذهب شبه تحمل مخاطر الشيء : يرجع هذا المذهب الى نظرية مخاطر الشيء [3] أو نظرية المسئولية الشيئية [4] إذ بينما يقرر أنصار هذه النظرية أنه يجب على مالك الشيء أن يتحمل كل ما ينجم عن هذا الشيء من الاضرار التي تحل بالغير ، يقررون في آن واحد ومن طريق تقرير النظير لهذه النظرية ، أنه يجوز أيضاً لمن أحدث للغير منفعة أن يطالبه بقيمة هذه المنفعة . أي أنه مادام الانسان مسئولا عما يحدث من الشيء المملوك له ، فهو كذلك في حل من مطالبة الغير مما يحدثه لهذا الغير من المنفعة . أي أن من عليه الغرم فله الغنم . فاذا أضر الغير وجب عليه التعويض . وكذلك اذا أفاد الغير وجبت له قيمة المنفعة . ولما كانت المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي ، وهي المقابلة تماماً وحرفاً بحرف للمادة ١٥١ فقرة أولى مدني أهلي تقرر نظرية المسئولية بوجه عام ، فقد صاغ أنصار هذا المذهب مادة وأفرغوها في نفس قالب المادة ١٣٨٢ بحيث تحكي في منطوقها ومرماها نفس ما تنطق به وترمي اليه المادة ١٣٨٢ المذكورة . ولاهمية الشبه بين المادتين ، المادة ١٣٨٢ الحقيقية والمادة الاخرى التي تحكيها نرى من اللازم درجهما هنا بنصيهما .

المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي المطابقة تماما للمادة ١٥١ فقرة أولى مدني أهلي : « كل

---

(١) gérant d'affaires (٢) د ، ٩١ ، ١ ، ٤٩ ومقال بلانيول . ـ س ، ٩٤ ، ١ ، ١٩ ـ د ، ٩٠٨ ، ٢ ، ٣٣٢ ـ س ، ٩٠٩ ، ٢ ، ٤١ (٣) risque (٤) responsabilité objective

فعل ما للانسان أحدث ضرراً للغير ألزم من وقع الضرر من جانبه وبخطئه بتعويض ذلك الضرر » [١]

أما نص المادة الموضوعة من طريق النظير للمادة السابقة فى حالة الاثراء فهو ما يأتى :

« كل فعل ما للانسان أحدث للغير منفعة بلا سبب ، يقرر حقا لمن حصلت المنفعة من جانبه بمطالبة الغير برد هذه المنفعة » [٢]

ولما كان هذا المذهب يرجع الى نظرية تحمل مخاطر الشىء فى تقرير أصوله وقواعده فانه لم يفلت هو الاخر من نقد الناقدين خصوم نظرية مخاطر الشىء ، تلك النظرية التى جمعت حولها كثيراً من الانصار فى الوقت الحاضر بما جعل القضاء يؤيدها فى كثير من أحكامه

٧٠٠ — المذهب الثالث : مذهب العدالة والعادة · يقول أصحاب هذا المذهب وهما كولين وكابتان [٣] بما كان يقول به بوتيه نفسه . أى أنه يرجع فى تقرير نظرية الاثراء بلا سبب وتقرير دعوى المطالبة بمقابل المنفعة ، الى العدالة والى ما قررته العادة بشأنهما . وما دام أن الاصل فيهما العادة وجب الرجوع اليها لتعرف على شروطها ومبلغ أثرها القانونى . والمراد بالعادة هنا أحكام المحاكم أى القضاء . فالقضاء فى نظرهما ، ومعه العدالة ، هو المرجع الوحيد فى بيان آثار هذه النظرية .

ولكنا نرى أنه مع القول بان الأصل فى نظرية الاثراء بلا سبب ودعواها هو القضاء وما تأثر به هذا الاخير من العدالة ، الا اننا لا نرى أن هذا المذهب ، قد وفق هو الآخر الى العثور على المسوغ القانونى للحق ودعواه . بل لم يخرج فى حكمه عن كونه قرر وضع النظرية على بساط البحث دون أن يأتى بحل لها . لان القول بالعدالة والعادة القضائية قول عام لا يرتكز على أصل قانونى يصح أن يكون

---

(١) Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel est arrivé, à le réparer.

(٢) Tout fait quelconque de l'homme, qui procure à autrui un enrichissement sans cause, donne le droit à celui par le fait duquel il a été procuré, à le réparer.

(٣) ج ٢ ص ٤١٧

سنداً للنظرية ترتكز عليه ، أي مسوغا قانونيا يبرر الاخذ بها من الوجهة العلمية القانونية البحتة .

٧٠١ — والذى نراه بعد استقراء القضاء فيما أملاه عليه الحوادث الواقعة وبعد تبين شروط النظرية منه نرى أنه لا محل للاخذ بالمذهبين الاول والثالث . وربما كان في الاخذ بالمذهب الثانى ، مذهب مخاطر الشيء ما يجمع ما بين العدالة ، باعتبارها أساس نظرية مخاطر الشيء ، وبين المسند القانونى ، الذى يرجع فى تكوينه الى النصوص القانونية نفسها ، وهى المواد ١٣٨٢-١٣٨٦ مدنى فرنسى المتابلة للمواد ١٥١-١٥٣/٢١٢-٢١٥ مدنى مصرى

٤) الأثراء ودعواه فى القانون المقارن

٧٠٢ — رأت الشرائع العصرية الحاضرة أن لا تترك نظرية الاثراء على حساب الغير ودعوى المطالبة بمقابل المنفعة دون النص عليها صريحا . وذلك أن القانون الالمانى قرر فى المادة ٨١٢ أن كل من حصل على شيء بدون سبب قانونى على حساب الغير سواء كان ذلك من طريق الالتزام به أو بأي طريقة ، وجب عليه أن يرد ذلك الشيء الى الغير ، (قارن المادة ٧٠ من قانون الالتزامات السويسرى .)

٥) فى شروط الاثراء ودعواه

٧٠٣ — أما وقد انتهينا من الادوار التاريخية التى مرت بها النظرية والدعوى وما قام حولها من المذاهب المختلفة من حيث المسوغ القانونى فاننا نرى الآن أن نأتى هنا على الشروط القانونية التى يجب توافرها فى رفع دعوى المطالبة بمقابل المنفعة [1]

هذه الشروط ثلاثة .) اثراء لدى المدعى عليه : ٢) ضرر حل بالمدعى : ٣) اثراء بلا سبب

٧٠٤ — **الشرط الاول: اثراء لدى المدعى عليه:** [2] يجب أن يكون قد حصل فعلا اثراء فى مال المدعى عليه . ولا يتحقق هذا الشرط الا اذا كان الاثراء

---

(١) de in rem verso (٢) enrichissement

حاصلا مباشرة بسبب الخسارة التى حلت بالمدعى . مثلا : اذا فسخ عقد بيع صادر من مفقود الاهلية وثبت بأنه اشترى بالثمن عقاراً أو منقولا ظاهر الاثر بماله . فى هذه الحالة يجوز للبائع المشترى مطالبة مفقود الاهلية بقيمة ما ظهر من الزيادة فى مال هذا الاخير بفعل المدعى وهو دفعه الثمن اليه . ــ واذا باع شخص سباخا للمستأجر ولم يتقاض الثمن ثم فسخ بعد ذلك عقد ايجار المستأجر ، واضطر هذا الاخير الى ترك الزراعة الموجودة على الارض وما بها من السباخ بمثابة تعويض للمالك [1] جاز لبائع السباخ مطالبة المالك بقيمة الثمن ، باعتبار أن المالك انتفع مباشرة من هـذا السباخ الذى كان سببا فى نمو الزراعة وغزارتها [2] وكذلك من يحترف بالاشتغال في معرفة الانساب وأوجه التوريث [3] فانه يجوز لههو الآخر مطالبة من اشتغل لاجله واكتشف لهما يستطيع به الدخول في تركة مفتوحة للمطالبة بنصيبه فيها ، بما صرفه فى هذا السبيل وبما يقابل الاجر على عمله [4]

قلنا إنه يجب أن يكون الاثراء حاصلا مباشرة بفعل المدعى . ونريد بالاثراء المباشر أن لا يكون الاثراء قد وقع من طريق غير مباشر للمدعى عليه . فاذا حصل الاثراء من طريق غير مباشر فانه لا يجوز له مطالبة المستفيد بأى مقابل . مثلا مدت شركة الترام خطوطها الحديدية وأسلاكها الكهربائية فى جهة غير عامرة بالناس كثيراً ثم ظهر بعد ذلك أن ملاك هذه الجهة قد استفادوا من وراء ذلك بسبب زيادة العمران ونمو الحركة وارتفعت أملاكهم فى الثمن والقيمة . اذا حصل ذلك فانه لا يجوز للشركة مطالبة الملاك بقدر ما عاد عليهم من المنفعة [5] وكذلك اذا بنى الجار المالك لارض أرضه وأقام عليها بناء فخماً فارتفعت قيمة أرض الجار الآخر ، فلا يجوز لصاحب البناء مطالبة جاره بما يقابل الزيادة فى القيمة التى حصلت له . كل ذلك لان المنفعة جاءت من طريق غير مباشر [6]

---

(١) datio in solutum (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٤١٨ . ــ د ، ٩٢ ، ١ ، ٥٩٦ . ــ س ، ٩٣ ، ١ ، ٢٨١ (٣) généalogiste (٤) د ، ١٩٠٨ ، ٢ ، ٣٣٢ ، ــ س ، ١٩٠٩ ، ٢ ، ٤١ (٥) قارن د ، ٩٥ ، ١ ، ٣٩١ . ــ س ، ٩٦ ، ١ ، ٢٩٧

(٦) على أن القانون الفرنسى الصادر فى ١٦ سبتمبر سنة ١٨٠٧ قرر بالمادة ٣٠ منه بانه يجوز للادارة مطالبة الملاك بمبلغ فى مقابل ما عاد عليهم من المنفعة من جراء الاعمال العامة travaux publics

٧٠٥ — **الشرط الثانى : ضرر حل بالمدعى :** [١] ليس كل منفعة ظهرت فى مال المدعى عليه يترتب عليها حق للمدعى فى مطالبة خصمه بمقابل المنفعة ، حتى لو كانت هذه المنفعة بفعل المدعى ، ومن الطريق المباشر أيضاً ، بل يجب أن تكون هذه المنفعة نتيجة ضرر وقع فعلا بمال المدعى ، أى خروج شىء من مال المدعى [٢] فى نظير دخول ما يقابله فى مال المدعى عليه [٣]. وعلى ذلك لا يجوز للمالك الذى بنى داراً فخمة بأرضه أن يطالب جاره بما استفاده هذا الاخير من زيادة قيمة ملكه مادامت هذه الزيادة لم تكن مترتبة عن ضرر وقع بمال المدعى ثم تحول هذا الضرر الى منفعة بمال المدعى عليه . وكذلك اذا أخذ المالك ليبث فى تحسين منظر بيته ، أو عمل على حماية أرضه من أى عدوان طبيعى أو غير طبيعى ، فانه لا يجوز مطالبة جاره الذى انتفع من طريق غير مباشر بما عاد عليه من الزيادة [٤]

٧٠٦ — **فى خطأ المدعى أو تقصيره :** اذا أخطأ المدعى أو قصر فيما كان يجب عليه أن يعمله بادىء ذى بدء وترتبت على اهماله منفعة للغير فانه لا يجوز له مع ذلك حق رفع دعوى المطالبة بمقابل المنفعة ، اذا كان الضرر الذى حل به قد وقع بسبب خطئه كاهماله أو طيشه [٥] مثلا اقرض البنك العقارى مبلغا ليدفع للدائن المرتهن فى المرتبة الاولى دون أن يحصل اتفاق بينه وبين الدائن على أن يحل محله فى الرهن (الحلول بالاتفاق) ولما بيع العقار بالمزاد وشرع فى توزيع الثمن على الدائنين فوجىء البنك العقارى بدائن له حق الافضلية عليه . هذا الدائن هو الاولاد القصر للمقترض بما لهم من حق الرهن القانونى العام المقرر فى القانون الفرنسى لمصلحتهم بمحض قوة القانون على عقارات أبيهم . ولما كان لا مناص من ذلك وانه لا بد من أن يتضله

وهذا النص استثنائى محض لا يجوز الاخذ به الا فيما قرره فقط ـ وكذلك قانون نزع الملكية للمنافع العمومية الصادر فى مصر نمرة ٢٧ لسنة ١٩٠٦ فقد قرر فى المادة ١٣ ان الثمن الذى تدفعه الحكومة لا يدخل فيه مقدار زيادة القيمة الناشئة أو التى يمكن ان تنشأ عن نزع الملكية . وكذلك اذا كان نزع الملكية جزئيا فالحساب يكون على هذه القاعدة لان الثمن يكون عبارة عن الفرق بين قيمة العقار كله وقيمة الباقى بعد نزع الملكية . والنص عندنا استثنائى ايضا

(١) préjudice (٢) appauvrissement (٣) enrichissement (٤) د ، ٩٠٥ ، ١ ، ١١٩ . ـ س ، ١٩٠٧ ، ١ ، ٤٦٥ (٥) كوليز وكابيتان ج ٢ ص ٤١٨ . ـ د ، ١٩٠٤ ، ١ ، ٣٩١

هؤلاء الاولاد القصر بالرهن القانونى ، رأى انه يمكنه الاستعانة بدعوى المطالبة بمقابل المنفعة [١] ويطالب القصر بالمبلغ الذى دفعه للدائن المرتهن الاول باعتبار انه هو الذى أفادهم بفعله وهو دفع الدين ، وانه لولا دفعه الدين للدائن المرتهن الاول ، لكان قد ترتب على ذلك حرمان الاولاد القصر من الحصول على حقوقهم من ثمن العقار . وعلى ذلك يكون بدفعه للدين قد أفاد الاولاد القصر . وقد قضى القضاء بعدم صحة الدعوى هذه [٢] لان المنفعة التى عادت على الاولاد القصر انما جاءتهم بسبب خطأ البنك واهماله فى انه لم يأخذ احتياطه القانونى بعمل عقد بالحلول بينه وبين الدائن المرتهن الاول [٣] هذا والسبب فى ذلك كله هو خطأ البنك واهماله في عدم أخذ احتياطه

٧٠٧ — **الشرط الثالث : اثراء بلا سبب** : المراد بالسبب هنا العمل القانونى [٤] الذى ترجع اليه المنفعة . أى اذا كان للمنفعة عمل قانونى تستند اليه فلا تجوز دعوى المطالبة. انما محل طلب المقابل بالمنفعة أن تكون المنفعة لا تستند الى عمل قانونى يبرر وجودها فعلا . مثلا رأينا فى استرداد المدفوع بلا حق [٥] أن المدفوع اليه [٦] ملزم بالرد الى الدافع [٧] والسبب فى ذلك انه لا يوجد لدى المدفوع اليه سبب يبرر له وجود المبلغ فى ماله ، أى عمل قانونى يستند اليه . وكذلك رأينا فى الاحوال العديدة التى ذكرناها بشأن ما يصرف على شىء من المصاريف الضرورية أو النافعة، انه تصح المطالبة بقيمة ما صرف ما دام انه لا يوجد ما يبرر هذا المبلغ بيد المالك للشىء .

وعلى ذلك اذا وجد عمل قانونى يبرر وجود المنفعة فلا يكون هناك محل المطالبة بقيمتها . مثلا اذا جاء المستأجر وأحدث بالعقار المؤجر أعمالا في سبيل تسهيل وسائل الاستغلال أو الاستعمال لديه فلا يجوز له مطالبة المؤجر المالك بقيمة هذه الاعمال . والسبب فى ذلك عقد الايجار نفسه لانه بذلك العقد يجب على المستأجر أن يرد العقار الى المؤجر بما هو عليه من الملحقات التى أضيفت اليه أو التحسينات التى دخلت عليه،

---

(١) de in rem verso (٢) د ٩٠، ١، ٨٩ ، ٣٩٣ . — س ، ٩٠ ، ١ ، ٩٧ (٣) كولين وكابتان ج ٢ ص ٤١٩ (٤) acte juridique (٥) répétition de l'indû (٦) accipiens (٧) solvens

أى بالحالة التى هو عليها (المادة ٣٧٨/٤٦٣ مدنى و ١٧٣١ — ١٧٣٥ فرنسى) وكذلك الحال أيضاً بشأن الانتفاع [1] فانه لايجوز للمنتفع أن يطالب صاحب الرقبة [2] بما أجراه من التحسينات فى الشىء (٥٩٩ مدنى فرنسى وحكمها عام) ـ واذا اختارت شركة التأمين حق قيامها هى باصلاح ما فسد من البناء المتهدم فى الحادث بدلا من أن تدفع مبلغ التأمين الى المؤمن له ، وترتب على عملها هذا أن زادت قيمة الشىء زيادة ترجع الى الفرق بين البناء فى قدمه والبناء في حالته الجديدة ، فانه لا يجوز لهـا أيضاً مطالبة صاحب البناء بهذا الفرق أي زيادة القيمة لأن السبب فيها والمبرر لها انما هو عقد التأمين المعقود من قبل بين الشركة والمؤمن له [3]

وعلى ذلك يكون الحائل دون المطالبة بالمنفعة انما هو العمل القانونى أى العقد السابق وجوده بين الطرفين . فاذا زال هذا الحادث جازت دعوى المطالبة بمقابل المنفعة

٧٠٨ — اذا علم ذلك فما القول حينئذ فيما اذا كان المنتفع بلا سبب قد تصرف فى المنفعة الى الغير . فهل تجوز دعوى المطالبة بمقابل المنفعة ضد هذا الغير مادام انها جائزة ضد من تعاقد معه ، أم لا تجوز ؟

مثلا ورد زيد لبكر عسلا ولم يتقاض ثمنه ثم وهب بكر هـذا العسل الى خالد . فهل يجوز لزيد البائع مطالبة خالد الموهوب اليه بالثمن باعتبار انه أثرى على حسابه بلا سبب وباعتبار أن هـذا الحق جائز طبعاً قبل بكر ؟ أي هل يجوز لزيد أن يرفع دعوي المطالبة بمقابل المنفعة [4] على خالد ؟

اذا قسنا الذى أوردناه في نبذة ٧٠٤ وأخذناه عن القضاء الفرنسى وهو المثل الخاص ببائع السباخ الى المستأجر الذى ترك الارض وما عليها من الزراعة وما بها من السباخ الى المالك المؤجر فى مقابل التعويض نظير عدم قيام المستأجر بشروط الايجار ـ اذا قسنا هذا بذاك جاز تغلب مظنة القول بانه ما دام انه يجوز لبائع السباخ مطالبة المالك المؤجر بثمن السباخ لانه انتفع به بلا سبب قائم بين البائع والمؤجر ، فانه يجوز أيضاً فى حالة بيع زيد العسل الى بكر وايهاب هذا الاخير العسل لخالد أن يطالب زيد خالداً

(١) usufruit (٢) nu-propriétaire (٣) د ، ٩٠٤ ؛ ١ ، ١٨١ ـ س ، ٩٠٤ ، ١ ، ٢١
(٤) de in rem vereo

بثمن العسل لان خالداً انتفع بالعسل بلا مقابل أزاء زيد . ولكن القضاء الفرنسى جرى فى حالة العسل على نقيض ماجرى عليه في حالة السباخ . اذ لم يبح لبائع العسل حق مقاضاة خالد الموهوب اليه بالثمن الذى كان مطلوباً من بكر [1] ولكن الذى نراه كما رأى ذلك بحق كولين وكابتان [2] ان هذا القضاء القائل بعدم جواز رفع دعوى المطالبة بمقابل المنفعة لا يجد له نصيراً من النصوص القانونية ولا من العدالة لانه يعمل على نقيض ما سبق أن رأيناه بشأن دعوى الابطال [3] حيث ان هذه الدعوى تصح ضد الموهوب اليه في أي حال سواء كان شريكا مع الواهب في نية الاضرار بالدائنين لهذا الاخير أو كان حسن النية وكان الاجدر بالقضاء فى هذه الحالة حماية هذا الدائن في دينه الذى كان يطالب به مدينه . ولكن لا يفوتنا مع ذلك أن الدائن بالثمن لابد وأن يفلح في الحصول على دينه . لانه لا يخرج فى الواقع عن احدى حالتين : إما أن يصبح مدينه المشترى معسراً بعد الهبة وإما لا . فاذا أصبح معسراً تحتمت دعوى الابطال ضد الموهوب اليه أخذاً بما قررناه فى هذه الدعوى . أما اذا كان غير معسر فللدائن أن يتقاضى دينه من شيء آخر مملوك لمدينه فيبيعه عليه بالمزاد الجبرى . ولكن لو أخذنا بعكس ما قرره القضاء الفرنسى في حالة العسل لترتب على ذلك تحسين حالة الدائن البائع ، اذ لا يكره على تجريد مدينه من أملاكه أولا ، ثم تقييده في دعوى الابطال بأن لا يلجأ اليها الا اذا أثبت عوز مدينه واعساره . وفى هذا قيد بلا مبرر كما رأينا

٦) في المبلغ المطالب به فى الاثراء

٧٠٩ — رأينا الشارع قد بين الكيفية التى يقدر بها المبلغ في حالة استرداد المدفوع بلا حق (المواد ١٤٦ و ١٤٧ / ٢٠٧ و ٢٠٨ مدنى و ١٣٧٨ و ١٣٨٠ فرنسى) بأن رجع في التقدير الى سوء النية وحسن النية وما اذا كان الشيء قد حصل التصرف

---

(١) د ، ٩٠٠ ، ٢ ، ١٠٤ . — س ، ٩٠١ ، ٢ ، ١٦٧ . — والحالة العملية التى وردت بالقضاء الفرنسى كانت خاصة بنبيذ لا بعسل . وكان القضاء الفرنسي مصراً على هذا الرأى أيضاً من قبل — كولين وكابتان ج ٢ ص ٤٢٠ — د ، ٩٩ ، ١ ، ١٠٥ ومقال L. S. — س ، ٩٩ ، ١ ، ١٦٥ (٢) ج ٢ ص ٤٢٠ (٣) action Paulienne

فيه ، وعلى من الهلاك وهكذا . وما دامت نظرية استرداد المدفوع بلا حق تتفق مع نظرية الأثراء على حساب الغير ودعوى المطالبة بمقابل المنفعة من حيث الوجهة العامة بينهما فى انتفاء السبب لدى المدعى عليه ، أى في انتفاء سبب وجود هذه الزيادة في ماله بقدر النقص الذى وجد فى مال المدعى ، وجب حينئذ اعتبار هذه القواعد المقررة بالمواد المذكورة الخاصة بأولى النظريتين قواعد عامة تتمشى عليهما معا [١] . واذا كان الاصل فى المطالبة الزيادة الحاصلة فى مال المدعى عليه بما يعادلها النقص الحاصل فى مال المدعى ، لزم على ذلك حينئذ ألا يتعدى المبلغ الذى يقضى به للمدعى هذين القيدين الزيادة والنقص ، أى لا يتقاضى من خصمه أكثر من الزيادة الحاصلة فى مال الاخير [٢] ولا أقل مما نقص من ماله هو [٣] وأما فوائد المبلغ فمن وقت المطالبة الرسمية أى من وقت رفع الدعوى فعلا (المادة ١٢٤ / ١٨٢ مدنى) لا من وقت مجرد الانذار بالدفع كما هى الحال فى القانون الفرنسى بمقتضى المادة ١١٥٣ مدنى

---

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٤٢٠ و ٤٢١ (٢) enrichissement (٣) appauvrissement

في
المصادر اللاتعاقـــــدية
للالتزامات

٢

في نظرية

الجنح واشباه الجنح

أو

نظرية المسئولية

فى نظرية المسئولية

٧١٠ — نظراً لما عليه هذه النظرية من الدقة ورابطة الاتصال بين المواد الفرنسية والمختلطة والاهلية رأينا أن ندرج هنا النصوص برمتها بالفرنسية والعربية حتى تسهل المقارنة بين الصورتين ومعرفة أوجه الفروق بينها . ونرجع فى وضع هذه المواد الى ترتيبها التاريخى أى المواد الفرنسية والمختلطة والاهلية

القانون الفرنسى : الترجمة العربية[1]

٧١١ — **المادة ١٣٨٢** : « كل فعل ما للانسان أحدث ضرراً للغير الزم من وقع الضرر من جانبه وبخطئه بتعويض ذلك الضرر »

المادة ١٣٨٣ . « لا يلزم الانسان بتعويض الضرر الناشئ عن فعله هو فقط ، بل الناشيء أيضاً عن اهماله وعدم تبصره »

المادة ١٣٨٤ : « لايلزم الانسان بتعويض الضرر الناشئ عن فعله هو فقط ، بل الناشى أيضاً عن فعل الاشخاص الموضوعين تحت رقابته أو الاشياء الموجودة تحت رعايته

« ومع ذلك فلا يسأل الحائز للعقار كله أو بعضه مهما كانت الصفة القانونية للحيازة ، وكذلك لا يسأل الحائز للمنقولات ، اذا شب فيها حريق ، عن الاضرار اللاحقة بالغير ، الا اذا ثبت حصول الحريق بخطأ الحائز أو بخطأ الاشخاص المسئول هو عنهم . ولا يسرى هذا النص على علاقات الملاك مع المستأجرين بل تظل علاقاتهم هذه خاضعة لاحكام المادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ من القانون المدنى » (تعديل قانون ٧ نوفمبر سنة ٩٢٢)

« ويعتبر الاب ، والام بعد وفاة الزوج ، مسئولين عن الاضرار الحاصلة من أولادهم القصر المقيمين معهما في معيشة واحدة

« ويعتبر المخدومون واصحاب الاعمال والاشغال مسئولين عن الاضرار الحاصلة من خادميهم ومستخدميهم أثناء قيامهم بالاعمال التى عينوها لهم

---

(١) هذه الترجمة لنا نحن

« ويعتبر المربون وأرباب الصنائع مسئولين عن الاضرار الحاصلة من تلاميذهم وصبيتهم فى الوقت الذى يكونون فيه تحت ملاحظتهم

« ويجب أن يقضى بهذه المسئولية المبينة فيما سبق الا اذا أثبت الاب والام والمربون وأرباب الصنائع بانه لم يكن في استطاعتهم منع وقوع الحادث الذي ترتبت عليه هذه المسئولية

« على أن الحكومة تحل محل القائمين بالتعليم العام فيما يتعلق بالمسئولية المدنية »

المادة ١٣٨٥ : مالك الحيوان ومن يستخدم الحيوان ، كلاهما مسئول عن الضرر الذى سببه الحيوان في الوقت الذى يكون فيه بخدمة كل منهما . سواء أكان الحيوان فى حيازة الواحد منهما أم كان قد ضل أو فرَّ منه »

المادة ١٣٨٦ : «مالك البناء مسئول عن الضرر الناشئ عن تهدمه اذا كان التهدم حاصلا بسبب عدم العناية بالبناء أو لعيب فى نفس تشييد البناء »

القانون الفرنسى : النص الفرنسى

٧١٢ — Art. 1382 : " Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. „

Art. 1383 : " Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. „

Art. 1384 : " On est responsable non-seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

" Toutefois, celui qui détient à un titre quelconque tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable vis-à-vis des tiers des dommages causés par cet incendie, que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil. (Loi 7 nov. 1922.)

" Le père et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux;

" Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;

" Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

" La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

" Toutefois, la responsabilité civile de l'Etat est substituée à celle des membres de l'enseignement public. „

Art. 1385 : " Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. „

Art. 1386 : " Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. „

القانون المختلط . النص العربي (1)

٧١٣ — المادة ٢١١ : « انما يكون التضامن في الاحوال الآتية »

المادة ٢١٢ : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله سواء أكان لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أم لسبب آخر »

المادة ٢١٣ : « كذلك يلزم الانسان بضرر الغير الناشئ عن تقصير من هم تحت رعايته أو عن اهمالهم أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته اياهم »

المادة ٢١٤ . « يلزم السيد ايضاً بتعويض الاضرار الناشئ للغير من أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم »

المادة ٢١٥ : « يلزم مالك الحيوان بالضرر الناشئ من حيوانه سواء أكان في حيازته أم فرّ منه »

---

(١) هذه الترجمة هي الترجمة الرسمية المصرية

القانون المختلط : النص الفرنسى

Art. 211. " Sont solidaires celles qui prennent leur source dans les ٧١٤ circonstances qui vont être énumérées. "

Art. 212. " Tout fait poursuivi par la loi oblige son auteur à réparer le préjudice qui en résulte, sauf le cas où cet auteur, à raison de son âge ou pour tout autre motif, n'a pas conscience de ses actes. "

Art. 213. " Il en est de même si le préjudice causé à un tiers provient d'une faute, de négligence ou de défaut de surveillance des personnes que l'on a sous sa garde. "

Art. 214. " Le maître est également responsable du dommage causé par ses serviteurs, quand ce dommage a été causé par eux en exerçant leurs fonctions. "

Art. 215. " Le propriétaire d'un animal est également responsable du préjudice causé par l'animal qu'il a sous sa garde ou qu'il a laissé s'échapper."

القانون الاهلى : النص العربى

٧١٥ — المادة ١٥٠ : « انما يكون التضامن فى الالتزامات الناشئة عن الاحوال الآتية . »

المادة ١٥١ : « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر . وكذلك يلزم الانسان بضرر الغير الناشىء عن اهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته اياهم » (١)

المادة ١٥٢ : « يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشىء للغير عن افعال خدمته متى كان وقعاً منهم فى حالة تأدية وظائفهم » (٢)

---

(١) وقد أغفل النص العربى هذا ترجمة كلمة faute الواردة بالفقرة الاولى وبالفقرة الثانية . وقد ترجمت هذه الكلمة بالمادة ٢١٣ مختلط بالنص العربى بكلمة تقصير أخذاً عن ترجمة رفاعة بك وعبد الله بك للمادة ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى سنة ١٢٨٣هـ وسنة ١٨٦٥ م ويظهر أن الاصح هو استعمال كلمة خطا بدلا من كلمة تقصير نظراً لاشتمالها على المعنين المطلوبين وهما ارتكاب غلط ايجابى بالفعل واهمال أمر كان يجب عدم اهماله . ومع ذلك فقد استعملنا كلمة تقصير ايضا فى الاحوال المناسبة ونظراً لسهولة الاشتقاقات المتعددة منها (٢) وهذا النص العربى كالنص العربى للمادة ٢١٤ مختلط سواء بسواء مع استبدال كلمة من بكلمة فى

المادة ١٥٣ : « وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشىء عن الحيوان المذكور سواء كان فى حيازته أو ند منه . »

القانون الاهلى : النص الفرنسى

٧١٦ — Art. 150. : « مثل نص المادة ٢١١ مختلط سواء بسواء »

Art. 151. " Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faut duquel il este arrivé à le réparer (١)

"Il en est de même, si le dommage causé à un tiers provient de négligence, d'imprudence ou de défaut de surveillánce des personnes que l'on a sous sa garde. " (٢)

Art. 152 (مثل نص المادة ٢١٤ مختلط)

Art. 153. " Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, est égalemen responsable du dommage causé par l'animal qu,il a sous sa garde ou qu'il a laissé échapper. " (٣)

---

(١) هذه الفقرة هى كنص المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى حرفاً بحرف (٢) وهذه الفقرة مثل المادة ٢١٣ مدنى مختلط مع ملاحظة الفروق الآتية . — ١) استعملت هذه الفقرة كلمة dommage بدلا من كلمة prèjudice الواردة بالمادة ٢١٣ مختلط بالنص الفرنسى . — ٢) لم تأت هذه الفقرة بكلمة تقصير faute الواردة بالمادة ٢١٣ مختلط بالنصين العربى والفرنسى

(٣) وهذه المادة كنص المادة ٢١٥ مدنى مختلط وتزيد عنها فى عبارة ou celui qui s,en sert أى فى حيازة ، التى لم ترد بالنص المختلط والتى وردت بنص المادة ١٣٨٥ مدنى فرنسى

تمهيدان

٧١٧ — أما وقد انتهينا من حصر المواد القانونية بنصوصها العربية والفرنسية فإنا نأخذ الآن في شرح هذه النظرية ولا نرى بدأً من أن نأتي بتمهيدين لازمين للتعرف على أصول هذه النظرية في القانون المصري ومبلغ الصلة القائمة بين النصوص القانونية الاجنبية والنصوص المصرية . وهذان التمهيدان يرجع أحدهما للوجهة التاريخية للقانون المصري وثانيهما لوجهته التشريعية

١) التمهيد التاريخي

٧١٨ — نعلم أن القانون الفرنسي وضع سنة ١٨٠٤ في وقت لم يعرف فيه العالم النهضة الاقتصادية العامة التي ظهرت في عصر القرن التاسع عشر وعظم شأنها في القرن العشرين وعلى الاخص بعد الانتهاء من الحرب العالمية التي ختمت بمعاهدة صلح فرساي سنة ١٩١٨ . وكان القانون الفرنسي متشبعاً بالروح الفردية [1] ولم يقم للشئون الاقتصادية على اختلاف أنواعها وزناً إلا بقدر ما كان معروفا في ذلك الزمن المنصرم . وقد تلقت الشعوب الاخرى القانون الفرنسي بصدور رحبة وعملت على الاخذ به لتعطش لديها في التقنين من طريق التجمع [2] وللوحدة في الشبه من حيث الحالة الاقتصادية العامة . وقد أخذت مصر قوانينها سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ مختلطاً وأهليا بعد ادخال شيء من التعديل رجع فيه اما الى ما قرره القضاء والفقه الفرنسيان بعد سنة ١٨٠٤ واما الى ما أقرته التقاليد والعادات المصرية التي بنيت في بعض أجزائها على الشريعة الاسلامية وعلى ما قرره العمل في هذا الجو المختلط بين المصريين والاجانب مختلفي الاجناس

٧١٩ — ولكن لما كان عهد عصر ترقيها الصناعي والتجاري حديثاً ، لم يفكر الشارع سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ في أن يضع قوانين تضمن لها ما يمكن أن تصل اليه فيما بعد من ازدياد في الرقي وتقدم في المدنية . لذا أصبحت القوانين المصرية هذه لا تلتئم مع ما قطعته مصر من اشواط المدنية . وأصبح من الضروري الرجوع الى ما قررته شعوب الاخرى في عصرنا الحاضر من أعمال تشريعية وآراء قضائية

(١) individualiste (٢) codification

ومذاهب فقهية ، وذلك أخذاً بما قضى به القانون المدني من الاخذ بالعدالة والقانون الطبيعي عند عدم النص [1] وهذا هو ما جرى عليه العرف القضائي في المختلط والاهلي في مسائل عدة لم ترد لها نصوص خاصة بالقوانين المصرية

٧٢٠ - ولقد كان لنظرية المسئولية شأن يذكر في عالم القانون عند كل شعب متمدين وذلك لتقدم الصناعة ورواج التجارة في الاوقات الحاضرة . وكان من شأن التقدم التجاري العالمي ان اضطرت بعض الشعوب الى تعديل شرائعها طبقا لما اقتضته نواميس الرقي في التجارة والصناعة ، فقررت من الوجهة التشريعية مبادىء قانونية ربما كانت لا تؤيدها النصوص القانونية القديمة في ظاهرها حتى تقطع بذلك ما يحوم من الشك والتردد حول مبادىء كونتها الظروف الاجتماعية قسراً وقهراً ، وهو ما فعلته فرنسا مثلا سنة ١٨٩٨ وغيرها من الشعوب الاخرى في تقرير قواعد قانونية من الوجهة التشريعية في نظرية المسئولية تتمشى مع الضرورات الاجتماعية المدنية

٧٢١ - وأما المسائل الاخرى الخاصه بنظرية المسئولية والتي لم يوضع لها تشريع خاص كما حصل سنة ١٨٩٨ فيما يتعلق بمخاطر الحرفه [2] والمسئولية الشيئية [3] فانها قد تأثرت بهذا التشريع الجديد ووجدت لها منه أكبر نصير في تقرير المبادئ الجديدة والعمل على تفسير النصوص القديمة تفسيراً يضطرد مع الضرورات الاجتماعية الحديثة [4] دون الجمود على نصوص قديمة لا تصلح اداة للامام بما جد من طريق الوقوف على ما كان يريده الشارع إذ ذاك وإغفال ما تريده الجماعات الحاضرة بتطوراتها الحالية [5]

٧٢٢ - ولقد فاضت ابحاث المؤلفين والكاتبين في نظرية المسئولية قبل سنة ١٨٩٨ وبعدها ولم تترك مسألة من المسائل التفريعية الا أشبعتها بحثاً على ضوء الضرورات الاجتماعية الحاضرة . ومما يدعو الى الاسف أن يستمر بعض كبار المؤلفين في العصر الحاضر مثل بلانيول وكابتان وكولين على أصرارهم على الأخذ في نظرية المسئولية بموجب المواد الفرنسية الاولى من المادة ١٢٨٢ الى المادة ١٣٨٦ طبقاً لما كان يريده واضعو القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤ . واذا كان أسفنا عظيما بالنسبة لما

(١) راجع المواد ٣٤ لائحة انشاء المحاكم المختلطة و ١١ مدني مختلط و١٩ من لائحة المحاكم الاهلية
(٢) risque professionel (٣) responsabilité objective (٤) interprétation objective (٥) interpretation subjective

جرى عليه هؤلاء العلماء الا أن اغتباطنا عظيم أيضاً كلما رأينا فريقاً كبيراً من كبار المؤلفين وأصحاب النهضة العلمية القانونية فى الوقت الحاضر قد خرجوا عن حد الوقوف على النصوص القديمة وقرروا مبادئ قانونية تتفق مع النمو العمرانى العالمى الاقتصادى مثل الاستاذ سالى [١] وقد جاهد بعضهم فى تفسير هذه المبادئ الجديدة الخاصة بالمسئولية بالرجوع الى المواد ١٣٨٢ — ١٣٨٦ تفسيراً دقيقا وبعبارة علمية وجيهة كما فعل الاستاذ جوسران [٢]

٢) التمهيد التشريعى

ا — التشريع المختلط

٧٢٣ — وضعت القوانين المختلطة سنة ١٨٧٥ ووضعها المحامى الفرنسى المعروف مونورى [٣] (ن ١٢) وقد عمل فيها على تقليد الشارع الفرنسى خصوصا فى هذا الموضوع . ولكن التقليد قد جاء أبتر ممسوخا . وملاحظاتنا فى ذلك ما يأتى :

١) وردت المواد الفرنسية ١٣٨٢ — ١٣٨٦ تحت عنوان الجنح وأشباهها [٤] ووردت المواد المختلطة الخاصة بالمسئولية ٢١١ — ٢١٥ تحت عنوان الالتزامات الناشئة عن العمل [٥] إذ أدخل معها الشارع المختلط مواد أخرى خاصة بأعمال الفضولى [٦] واسترداد المدفوع بلا حق. وربما قيل بأنه كان الاجدر فصل هذه الانواع المختلفة بعضها عن البعض. لان الالتزام الناشئ عن المسئولية غير الالتزام الناشئ عن أعمال الفضولى واسترداد المدفوع بلا حق

ولكن نسارع الى ملاحظة أنه ربما كان فى الوضع التشريعى المختلط ما يؤيد مذهبنا الذى سنقول به بعد فيما يتعلق بالمسئولية الشيئية ، أى الرجوع فى هذه المسئولية لا الى مجرد الجنحة وشبه الجنحة بل الى مجرد العمل [٧]

٢) قررت المادة ٢١١ المسئوليه بالتضامن بين المخطئين أو المقصرين . وقد فعلت خيرا لانها قلدت فى ذلك ما كان القضاء الفرنسى قد قرره بعد ان سبق له

---

(١) R. Saleilles (٢) Josserand (٣) Maunoury (٤) délits et quasi - délits (٥) obligation résultant du fait (٦) gestion d'affaires (٧) fait

الاخذ بنظرية عدم التجزئة [١] وهذه المادة لا مثيل لها فى القانون الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٤

٧٢٤ ـــ ٣) قررت المادة ٢١٢ مدنى ما يأتى : « كل عمل مخالف للقانون [٢] يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشىء عنه ما لم يكن الفاعل غير مدرك لافعاله سواءأكان عدم تمييزه بالنسبةلسنه أم لسبب آخر »

والمفهوم من هذه المادة ومن عبارة « كل عمل مخالف للقانون » انها تختص بالمؤاخذة [٣] وتقرير الجزاء عن الجرائم الجنائية [٤] ولم تتكلم مطلقا عن الجرائم المدنية [٥] واشباه الجرائم المدنية [٦] وقررت هذه المادة عدم مسئولية من يحدث بالغير ضررا وهو غير مدرك لما يفعله كالصبى غير المميز أو المجنون والمعتوه والسكران فيما اذا لم يشرب الخمر بمحض رغبته. وهذه الفقرة من تلك المادة لا يوجد لها نظير فى القانون الفرنسى ولكن قررها « مونورى » بناء على ما كان القضاء الفرنسى قد قرره فى هذا الشأن من اعتبار أن الخطأ أو التقصير [٧] لا بد فيه من شرط الادراك لدى المخطىء

قلنا إن الشارع أراد بالمادة ٢١٢ تقرير المؤاخذة عن الجرائم الجنائية ولكن الشارع المختلط سارع الى سن مادة أخرى ظن فى وضعها أنها ترمى الى تقرير الجزاء عن الجنح المدنية واشباه الجنح وأراد بهذه المادة الاخرى ، وهى المادة ٢١٣ ، أن يقرر مسئولية الشخص عن أعماله أى عن جنحه المدنية وأشباه جنحه ، وعن أعمال من هم تحت رعايته . فوضع المادة ٢١٣ بالكيفية الآتية : « كذلك يلزم الانسان بضرر الغير الناشىء عن تقصير من هم تحت رعايته أو عن اهمالهم أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عدم ملاحظته اياهم . » فجاء هذا الوضع مشوها مبتوراً وعلى غاية من المسخ والاضطراب وذلك :

أ) لان عبارة المادة تفيد أن الانسان مسئول عن أعمال من هم تحت رعايته . وأعمالهم هى التقصير [٨] والاهمال [٩] وعدم الدقة والانتباه [١٠] . فهذه الاعمال

(١) indivisibilité (٢) tout fait poursuivi par la loi (٣) sanction (٤) infractions (٥) délits (٦) quasi délits (٧) faute (٨) faute (٩) negtigence (١٠) imprndence

المنسوبة للغير هي التي يسأل عنها الشخص الموكول اليه حق رعاية المقصرين والمهملين والطائشين. وختمت المادة عبارتها بقولها « أو عن عدم ملاحظته اياهم » وهذا التعبير يشعر بأن الشخص مسئول عن أعمال غيره أولا وهي التقصير والاهمال والطيش، وعن عمله هو وهو عدم الملاحظة. كأن التقصير والاهمال والطيش طائفة مستقلة عن عدم الملاحظة. على ان أصل المسئولية هو عدم الملاحظة الذي يعتبر في ذاته تقصيراً [1] من جانب الموكول اليه أمر الرعاية. فاذا قصر الموكول اليه أمر الرعاية اعتبر مسئولا عن اضرار الاشخاص الموضوعين تحت رقابته فيما اذا وقع منهم ضرر سببه أعمالهم الخاصة بهم وهي تقصيرهم واهمالهم وطيشهم. أي أن المسئولية موقوفة فقط على عدم الرقابة. فاذا كانت الرقابة صحيحة فلا مسئولية. وكان يجب وضع المادة بما يفيد ان المسئولية واقعة في حالة عدم الرقابة، بمعنى انه اذ ثبتت الرقابة وثبت أداؤها من جانب الرقيب فلا مسئولية عليه مطلقا عند وقوع الحادث حتى لو كان سبب وقوع الحادث الاعمال الخاصة بالغير تقصيراً كان أو اهمالا أو طيشاً، وهذا هو ما قاله المادة ١٣٨٤ الفرنسية في فقرتها الاخيرة حيث قررت بان لا مسئولية اذا أثبت الموكولة اليهم الرعاية انهم لم يستطيعوا منع وقوع الحادث الذي نشأ عنه الضرر. بمعنى أنه لا مسئولية عليهم حتى لو قام البرهان على التقصير والاهمال والطيش من جانب من هم تحت رعايتهم اذا ثبتت صحة رقابتهم. وهذا على عكس ماتشير اليه المادة ٢١٣ مختلط لان الفقرة الاولى منها تشعر بالمسئولية عن تقصير الغير واهماله وطيشه مع ثبوت الرقابة. وهو ما لا يقبله لا الحق ولا العدالة [2] وهي التي اعتبرت دائما أساساً للمسئولية وعلى الاخص في العصر الحاضر الذي نفخت فيه الاشتراكية المعتدلة من روحها

ب) ذكرت المادة ٢١٣ التقصير والاهمال والطيش وعدم الملاحظة. وهذه صورة لشبه الجنحة [3] ولم تذكر مطلقا الجنحة المدنية. اذ ليس من المعقول ان من

---

(١) faute (٢) équité (٣) يراد بالجنحة المدنية ، كما سيأتي ذكر ذلك بعد ، العمل غير المشروع الضار بالانسان ويكون فاعله قد تعمد احداثه . وشبه الجنحة هو نفس العمل غير المشروع والضار ولكنه لا عمد فيه

يسأل بسبب تقصير واهمال وطيش من هم تحت رقابته ، لا يسأل فيما اذا تعمد من هم تحت رقابته الاضرار بالغير

ج) لم يقرر الشارع بهذه المادة ٢١٣ مسئولية نفس الشخص عن جنحه هو ولا عن أشباه جنحه هو أيضا. وكان يجب عليه انه ما دام قد قرر مسئوليته بالمادة ٢١٢ عن جرائمه الجنائية ان يقرر بالمادة ٢١٣ مسئوليته عن جرائمه المدنية أى الجنح المدنية وأشباه الجنح. ولكنه لم يفعل ذلك وربما خانه التعبير السقيم جدا الذى جعله قالبا للمادة ٢١٣ ، لانه يظهر أنه أراد تقرير ذلك ولكن جاءت العبارة الاخيرة من المادة ، وهى (أو عن عدم ملاحظته اياهم) ذاهبة بغرضه . والنص الفرنسى للمادة ٢١٣ المذكورة أوضح فى بيان عيوب هذه المادة وشوائبها الشكلية والجوهرية فراجعه فى مكانه

وكان الاجدر بالشارع ان يقول بان الانسان يسأل عن تقصيره هو واهماله وطيشه ويسأل أيضا عن نتائج عدم ملاحظة من هم تحت رعايته . ولكنه لم يفعل بل ساق الجمل بعضها مع البعض بحيث تنصرف جميعها الى أنه مسئول فقط عن أعمال غيره . وأما أعماله هو فلا يسأل فيها الا عن عدم الملاحظة فقط . وهذا نقص معيب كما لا يخفى

د) بدأت المادة ٢١٣ بعبارة « وكذلك [1] » وهى تشعر مع اتصالها بالمادة ٢١٢ المتقدمة عليها بأن لا مسئولية مطلقاً على الشخص فيما اذا وقع الحادث بمعرفة من هم تحت رعايته وكانوا غير مدركين لما يعملونه [2] وهذا لا يقبله العقل . لان غرض من مسئولية من وكل اليه أمر العناية بشخص هو تقرير جزاء عند عدم القيام بمراقبة من فرض فيهم القانون نقصا فى الادراك كالقصر والمجانين والمعتوهين وغيرهم ممن أشارت اليهم المادة ٢١٣ . والمفروض ان الحادث يقع بسبب عدم الادراك أو ضعفه وبسبب عدم الرقابة . وما شرعت الرقابة الا لاجل سد النقص في الادراك القائم .

هـ) ويحتمل النص الفرنسى للمادة ٢١٣ معنيين . المعنى الاول هو ما جاء بالترجمة العربية لهذه المادة . والثانى هو ان الانسان يكون مسئولا عن خطئه هو

(١) il en est de même (٢) راجع دى هلس De Hults ج ٤ ص ١٠ ن ٦

واهماله ورعونته ، هذا من جهة . ثم يكون أيضا مسئولا عن عدم قيامه برقابة من هم تحت ملاحظته . وربما كان هذا الوجه الثاني هو الأصح في تعيين غرض الشارع . لأن الشارع قرر بالمادة ٢١٢ مسئولية الشخص عن أعماله المعاقب عليها قانوناً ، فجاء وقرر بالمادة ٢١٣ مسئوليته عن الاعمال غير المعاقب عليها قانوناً وهي الجنح المدنية واشباه الجنح .

٧٢٥ — ٤) هذه هي عيوب المادة ٢١٣ باعتبارها في ذاتها . وفي ربطها مع المادة ٢١٢ السابقة عليها نرى أن الشارع المختلط قد شوه المواد الفرنسية التي أراد ان يقلدها ويوجزها ، فشوهها كثيراً . أما المواد الفرنسية فقد جاءت في مجموعها جيدة. اذ قررت المادة الاولى منها وهي ١٣٨٢ مسئولية الشخص عن عمله باعتباره جنحة مدنية. ثم قررت المادة ١٣٨٣ مسئوليته عن شبه الجنحة . وجاءت المادة ١٣٨٤ وقررت مسئوليته عن أعمال من هم تحت رقابته أو الاشياء الموجودة تحت يده . ثم بينت من هم هؤلاء الاشخاص الملاحظون والملاحظون فقررت ان الملاحظين هم الأب ، والأم عند وفاة الأب ، والمخدومون [١] وأصحاب الاعمال والاشغال [٢] والمربون [٣] وأرباب الصنائع [٤] وذكرت بان الملاحظين هم القصر [٥] المقيمون مع آبائهم والمستخدمون [٦] وصبية المدارس [٧] وصبية الصانع [٨]

فأراد الشارع المختلط أن يدمج المواد الثلاث المذكورة ١٣٨٢ و١٣٨٣ و١٣٨٤ كلها في مادة واحدة وهي المادة ٢١٣ فجاءت هذه المادة وهي تفيض بهذه الشوائب التي بيناها

٧٢٦ — لذلك وجب بحق في تقرير نظرية المسئولية ضرورة الرجوع الى المواد الفرنسية فيما ذهب فيه القضاء والفقه الفرنسيان في تفسيرهما ، باعتبار ان الشارع المصري لم يرد مخالفة الشارع الفرنسي في شيء انما رمى فقط الى مخالفته في الوضع دون المعنى والجوهر [٩]

---

(١) maîtres (٢) commettants (٣) instituteurs (٤) artisans (٥) mineur
(٦) préposés (٧) élèves (٨) apprentis (٩) دي هلس ج ٤ ص ١١ ن ٨

٧٢٧ — هذا ولما جاء الشارع الاهلي سنة ١٨٨٣ لم يشأ تقليد المختلط في هذا الوضع المشوب بل خالفه بعض المخالفة فيه بما سنبينه بعد

ه) قررت المادة ٢١٤ مسئولية السيد أو المخدوم عن أفعال خدمته متى وقعت وهم يؤدون العمل له ، أي متى كان الضرر واقعاً منهم في حالة تأدية وظائفهم

ويلاحظ على هذه المادة انها قد قطعت من المادة ١٣٨٤ الفرنسية التي جاءت جامعة شاملة

٦) ثم قررت المادة ٢١٥ وهي الاخيرة من مواد المسئولية مسئولية مالك الحيوان عن الضرر الناشيء عنه سواء أكان في حيازته أم فارًّا وقد أخذت هذه المادة من المادة ١٣٨٥ الفرنسية التي جاءت أتم منها ، اذ قررت مسئولية المالك حتى لو كان الحيوان في حيازة الغير . وهو ما لم تقل به المادة المختلطة وكان يجب أن تقول به

٧) قررت المادة الاخيرة ١٣٨٦ الفرنسية مسئولية المالك للمباني[1] اذا تسبب عنها ضرر ناشئ عن تهدمها[2] فيما اذا كان هذا التهدم ناتجاً عن عدم العناية بها[3] او عن عيب في تشييد العمارة[4] ولم نر أثراً لهذه المادة بالتشريع المختلط ، ولا نعرف الحكمة في عدم نقلها بالقانون المختلط . كما اننا لم نعرف الحكمة لهذا الشارع المتعب في كونه لم ينقل بتشريعه أيضاً هـذه الجملة الاخيرة الواردة بالفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ فرنسي وهي الفقرة الاولى الخاصة بمسئولية الشخص عن الاشياء الموجودة تحت يده[5] ولهذه الفقرة أهمية كبرى وصلة عظيمة بالمادة ١٣٨٦ فيما يتعلق بنظرية المسئولية الشيئية[6] لأن المادة ١٣٨٤ قررت مسئولية الحائز للاشياء بوجه عام ولم تبح حق اقامة الدليل على عدم امكان منع الضرر كما أباحت هذا الحق بالنسبة للآباء والمربين فقط أي انها لم تبح اقامة الدليل على انتفاء التقصير بالنسبة لمالكي الاشياء أو الحائزين لها وبالنسبة للمخدومين وأرباب الاشغال . وهذا موطن صالح جداً لاثبات نظرية المسئولية الشيئية كما ذهب اليه الاستاذ جوسران[7] وكذلك المادة ١٣٨٦ فانها قررت مسئولية المالك للمباني عند التهدم الناشئ عن عدم الصيانة وعن عيب لاصق بنفس العمارة . ولم تبح هي الاخرى اقامة الدليل على انتفاء التقصير

(١) bâtiment (٢) ruine (٣) défaut d'entretien (٤) vice de construction
(٥) des choses que l'on a sous sa garde (٦) responsabilité objective
(٧) Josserand

فى حالة العيب اللاصق بالعمارة (لأن المسئولية فى حالة عدم الصيانة لا يؤخذ بها الا عند عدم الصيانة . فاذا ثبتت الصيانة فلا مسئولية طبعاً) . وهذه أيضاً بينة أخرى صالحة لاثبات نظرية المسئولية الشيئية أو نظرية مخاطر الشئ لان المالك مسئول ازاء المجنى عليه حتى ولو كان الخطأ آتياً من الغير كالمهندس واضع التصميم [1] . وقد ذهب بعض الشارحين الى القول بان هذه المادة لم ترد على سبيل الحصر فى تقرير المسئولية بالنسبة للمبانى بل جاءت على سبيل التمثيل بالنسبة لجميع الاشياء وذلك استناداً الى التعميم الوارد بالعبارة الاخيرة من الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ الخاصة بالاشياء

فاذا كانت المادة ١٣٨٤ والمادة ١٣٨٦ الفرنسيتان هما على تلك الاهمية الكبرى فى عالم التشريع والتفسير القضائى والفقهى فكيف جاز حينئذ لواضع القانون المختلط وهو المحامى الفرنسى المشهور « مونورى » ان يغفل ذكرهما بينما « لابيه [2] » المعلق الشهير على الاحكام كان قد بدأ فعلا الافاضة فى الكتابة على المسئولية بمجلة سيرى [3] الدورية ؟ كيف يغفل أمرهما ومكانهما كما رأينا فى عالم القانون ؟ كل ما نستطيع أن نقوله فى هذا الشأن كما لاحظناه اكثر من مرة فى التشريع المصرى من سنة ١٨٧٥ الى سنة ١٨٨٣ تقريبا ان المشرع المصرى يُعني بالتقليد الى حد أن ينسى أصول التقليد ومبادئه . لذا نعيد القول بأننا سنجعل دعامة الشرح في هذه النظرية ما أقامه علماء القانون فى الوقت الحاضر من صروح النقد الحار واشباع المبادئ القانونية بروح لا تجمد على نص صامت بل تشاد فوق أصول لحمتها الضرورات الاجتماعية وسداها العدالة كما أشار الى ذلك بحق دى هلس [4]

٢ -- التشريع الاهلى

٧٢٨ ـــ أما وقد انتهينا من التشريع المختلط فيما يتعلق بالمسئولية فنأتى الآن على بيان موجز أيضاً للتشريع الاهلى . لقد عني بوضع القوانين الاهلية القاضى الايطالى موريوندو [5] (ن ١٢) بأن نسخ القوانين المختلطة وعدل فيها بالرجوع الى الملاحظات الآتية :

---

(1) risque (2) Labbé (3) Sirey (4) ج ٤ ص ٨ ن ٢

(5) Moriondo

١) انه جعل المادة أحياناً تشمل المادتين في القانون المختلط

٢) لاحظ ما أنتجه العمل القضائى من سنة ١٨٧٥ الى سنة ١٨٨٣ وهى سنة وضع القوانين الاهلية

٣) انه خالف فى كثير من نصوصه القانون المختلط

٧٢٩ — والذى يهمنا من ذلك كله الآن هو ما جاء فى المواد الخاصة بنظرية المسئولية. وقد فعل الشارع الاهلى خيراً حيث خالف الشارع المختلط فى وضع المادتين ٢١٢ و٢١٣ : ذلك لانه أدرك أن عبارة هاتين المادتين جاءت مشوهة تشويهاً غريباً ذهب بالاصول القانونية المرجوة لذا أخذ الشارع الاهلى يعالجها وقد أحسن الاختيار فى طريق العلاج حيث انه نقل المادة ١٣٨٢ الفرنسية الهامة نقلا وجعلها الفقرة الاولى من المادة ١٥١ من القانون المدنى الاهلى. ونصها ما يأتى بالحاشية طبقا للاصل المصرى الفرنسى العبارة [1] ثم ورد هذا النص بالنسخة العربية المصرية الاهلية ما يأتى: «كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر» ومن مقارنة النصين بعضهما مع البعض نرى أن بالنص العربى نقصا يكاد يذهب بركن أساسى قديم معروف فى عالم نظرية المسئولية وهو ركن التقصير أو الخطأ [2] الذي كان دائما حتى قبيل العهد الاخير الدعامة التى ترتكز اليها نظرية المسئولية. لان كلمة التقصير أو الخطأ وردت بالنسخة الفرنسية فأغفلها المترجم اغفالا جعل النص محلا للاخذ والرد فيما يتعلق بنظرية استعمال الحق والاعتساف فى استعمال الحق [3] والمسئولية الشيئية. واذا أخذ النص العربى على ظاهره كان هادما لأبسط المبادىء القانونية، لان الحياة فى كل عصر وفى كل بيئة عبارة عن مضاربة ومزاحمة بين الاشخاص : هى كسب لفريق وخسارة على فريق آخر. وأكبر مظهر لاستغلال الحقوق هو تحصيل منفعة ، ويستحيل أن يحصل تحصيل المنفعة دون الحاق نقص بأموال الغير. والمعاملات بين الناس تشاد فيما بينهم فى الاخذ بأكثر من الاعطاء ، فاذا كان كذلك وأخذت

“Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, (١)
faute (٢) oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ”
abus du droit. (٣)

المادة الاهلية العربية على ظاهرها ترتبت عليه استحالة مادية فى عالم الحياة اذ يكفى اقامة الدليل على حصول الضرر فقط دون اثبات التقصير أو الخطأ لاجل أن يحكم للغير بالتعويض المطلوب . ذلك هو المستفاد من النص العربى للمادة ١٥١ وهو مالم يرده الشارع طبعا . لذا وجب وضع النص العربى بطريقة تتفق تماما مع النسخة الفرنسية بأن تضاف عبارة « بسبب خطئه » بعد كلمة « فاعله »

أما الفقرة الثانية من المادة ١٥١ فهى نفس المادة ٢١٣ مدنى مختلط حرفا بحرف . وما ذكرناه بشأن العيوب الوضعية للمادة ٢١٣ مختلط يمكن أن يقال به هنا فلا حاجة لتكراره . وكان يجب على الشارع الاهلى اذا أراد أن يجعل فقرتى المادة ١٥١ متماسكتين ومتلازمتين فى تأدية معان منسجمة ، أن يذكر بالفقرة الاولى مايشير أيضا الى اشباه الجنح الخاصة بفعل الانسان نفسه كالاهمال والطيش وهما المشار اليهما بالمادة ١٣٨٣ الفرنسية . ولكن نسارع الى ملاحظة أن الشارحين لاحظوا أن المادة ١٣٨٣ انما جاءت تكراراً للمادة ١٣٨٢ باعتبار أن هذه المادة الاخيرة تؤدى المعنى الذى قالت به المادة ١٣٨٣ باعتبار أن التقصير يكون إما إيجابيا أو سلبيا . ومع وجاهة هذه الملاحظة ايضا فان وضع المادة ١٥١ بفقرتيها يعتبر مع ذلك غير وجيه لانه كان يجب ذكر عبارة الاهمال والطيش بالفقرة الاولى ، وجعل عبارة عدم الملاحظة بالفقرة الثانية حتى تكون الفقرة الاولى شاملة للتقصير الايجابى والسلبى ، من طريق التعيين ، وحتى تكون الفقرة الثانية قاصرة فقط على عدم الملاحظة مع الاحالة على الفقرة السابقة عليها . أو أن الشارع الاهلى يحذف عبارة الاهمال والطيش من المادة الفقرة ١٥١ باعتبار ان كلمة التقصير (أو الخطأ) الواردة بالفقرة الاولى تنصرف الى التقصير أو الخطأ الايجابى والسلبى معا ، لانه عند عدم التعيين فى التقصير ينصرف المعنى الى التعميم .

هذا التشويه وقع فيه الشارع الاهلى وسببه التشريع المختلط الذى كان موضوعا بين يديه

٧٣٠ — وكان على واضعى القانون الاهلى والمختلط أن يلاحظا ما لاحظه شراح القانون الفرنسى على المادة ١٣٨٢ فلا يقعان فيما وقع فيه الشارع الفرنسى بسنة

١٨٠٤ اذ لوحظ على المادة ١٣٨٢ فى قولها « كل فعل ما »[1] أن كلمة « ما »[2] غير صحيحة بجانب كلمة التقصير[3] لانه ليس كل عمل[4] يعتبر ملزما بالتعويض انما هو العمل التقصيري أو الخطأ[5] هذا مع ملاحظة أن أنصار نظرية المسئولية الشيئية يرون فى كلمة التقصير أو الخطأ الواردة بالمادة ١٣٨٢ الفرنسية أنها لم ترد من طريق التعيين والتحديد للعمل الضار فى ذاته . انما جاءت فقط من طريق الايضاح له والافصاح عنه، باعتبار أن العمل الضار يعتبر فى ذاته مصدراً للالتزام بالمسئولية بصرف النظر عما اذا كان قد شابه تقصير أم لا . ويكون المسوغ القانونى حينئذ للمسئولية هو قاعدة الغرم بالغنم لا التقصير . مع ملاحظة أن ذلك لا يتعارض مع حق استغلال الحقوق والمزاحمة فى مجال الحياة باعتبار أن المسئولية الشيئية مجالا للعمل غير مجال الانتفاع بالحقوق وتصريف هذه فى وجوهها المشروعة كما سيأتى بعد

٧٣١ — ولم يقرر الشارع الاهلي ما قررته المادة ٢١٢ مختلط من حيث عدم المسئولية عند عدم ادراك المتسبب فى الضرر . ولكن يظهر أن عدم نقله لهذه العبارة ليس معناه مخالفة الشارع المختلط فيما قرره لان القضاء المصري جري على هذا الاعتبار . ولكن الذي نقول به نحن أن اغفال هذه العبارة فى النص الاصلى يفتح محلا للاخذ بالنظرية الى قررها القانون الالمانى وهى القائلة بان الاصل عدم الحكم بالتعويض وانه يجوز الحكم بتعويض اذا اقتضت العدالة ذلك . وعلى ما فى هذا القول من الوجاهة من حيث العدالة فان تركه من غير قواعد أساسية يثير الاختلاف في الاحكام ويجر الى التضارب فى الآراء

وقد نقل الشارع الاهلى المادتين ٢١٤ و ٢١٥ مدنى مختلط حرفا بحرف وصاغها بالمادتين ١٥٢ و ١٥٣ مدنى أهلى

هذه هى الملاحظات التى يمكن ابداؤها على التشريع الاهلي والمختلط من طريق المقارنة مع التشريع الفرنسى . وسنرى فيما بعد أنه يجب فى شرح نظرية المسئولية الرجوع الى القانون الفرنسى وقضائه وفقهه ، وانه يجب على كل حال اعتبار العدالة فى هذه النظرية أساساً لها

(١) Tout fait quelconque (٢) quelconque (٣) faute (٤) fait
(٥) fait fautif

مسئولية الاشخاص الفردية

مسئولية الفرد عن أعماله هو

١) متى يعتبر الانسان مسئولا ومتى لا يعتبر كذلك ؟

٧٣٢ ـ الأصل فى الانسان حرية العمل والتصرف . والحرية هذه مقيدة بقيود تشريعية أو قانونية قررتها طبيعة الحياة . وطالما ان عمل المرء يقع ضمن حدود حقه مع مراعاة ما يحظره الشارع أو ما تمليه طبيعة الحياة فهو غير مسئول عما يترتب عن عمله من ضرر للغير لذا يمكن القول بحق أن محل مسئولية الشخص يرتبط بعمل يصدر منه ولا يبيحه القانون بالمعنى العام . ومسئوليته هذه اما جنائية بحتة وهذا يتعلق بقانون العقوبات واما مدنية صرفة وهذا ما تقتصر هنا على الكلام عليه

والعمل [١] المحدث للضرر والمكون للمسئولية يسمى جنحة [٢] مدنية أو شبه جنحة مدنية [٣] وتقع الجنحة هذه بشكلها بواسطة ما يسمى بالتقصير أو الخطأ [٤] وهو المظهر النفسانى للجنحة فى ذاتها . وعلى كل حال فالمسئولية المدنية التى تنشأ عن الجنحة الحاصلة بالتقصير تسمى بالمسئولية التقصيرية أو المسئولية عن الخطأ [٥] . أى التى يكون أساسها التقصير أو الخطأ من جانب المسئول

وعلى ذلك يرى أن المسئولية تضمن درس مسائل عديدة : الجنحة وشبه الجنحة التقصير أو الخطأ والتعويض وأركانه . ومما تجب ملاحظه ربط هذه المسائل بعضها مع البعض ربطا محكما تنشأ عنه المسئولية . ومن أهم نتائج المسئولية « التعويض »

والمادة الوحيدة التى تعتبر أساسا للمسئولية ودعامة لها هى المادة ١٥١ مدنى أهلى بفقرتها الاولى المقابلة للمادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى ولم تبين هذه المادة المقصود من كلمة بالتقصير أو الخطأ [٦] وهى الكلمة التى أثارت حولها ما أثارت من مختلف الآراء وتعدد المذاهب. وكل ماقررته المادة ١٥١ المذكورة هو التعويض وكما يكون التقصير عن

---

(١) fait (٢) délit (٣) quasi - délit (٤) faute (٥) responsabilité délictuelle (٦) faute

عمل ايجابى [١] يكون أيضا عن عمل سلبى أى امتناع عن اجراء عمل [٢] فاذا جرح شخص شخصا آخر الزم بالتعويض للجنحة الايجابية . واذا امتنع الطبيب عن عمل العملية الجراحية المتفق عليها وترتب على امتناعه ضرر بالمريض تحتم عليه تعويض هذا الضرر . فالعبرة حينئذ بالضرر الواقع سواء أكان سببه ايجابيا أم سلبيا

٢) فى الجنحة المدنية وشبه الجنحة المدنية [٣]

٧٣٣ — وردت المواد الفرنسية ١٣٨٢ – ١٣٨٦ تحت عنوان الجنح وأشباه الجنح . ووردت هذه الكلمات بالمواد ١٣١٠ و ١٣٧٠ الفرنسية دون أن يبين المشرع الفرنسى ما هى الجنحة وما هو شبه الجنحة . و لمفهوم أن الشارع الفرنسى رجع فى التعريف الى بوتييه [٤] فالجنحة المدنية هى العمل الذى يجريه شخص ويؤذى به آخر متعمداً فى ذلك الاضرار به [٥] وشبه الجنحة هو نفس العمل الضار دون تعمد فيه . فالفرق بين الاثنين يرجع للتعمد وعدمه . أى الفرق نفسانى : اذ فى الجنحة لا بد من نية الاضرار [٦] وأما فى شبه الجنحة فيكفى الاهمال والطيش . وهذا ما قرره القضاء فى الوقت الحاضر أيضا [٧]

هذا من الوجهة النظرية . وأما من الوجهة العملية فانه لا بد من التعويض مادام قد ثبت الضرر بالشرائط القانونية . فالتعويض محتم فى الجنحة وشبه الجنحة . ويرجع فى تقديره الى مبلغ الضرر وأما النية فلا تأثير لها في التقدير لأن مشروعية التعويض اصلاح ما وقع من الضرر لا توقيع عقوبة على المقصر . ولذا رأى القانون الالمانى الأخير أن يدمج النوعين ضمن الاعمال المشروعة [٨] (المادة ٨٢٣ وما بعدها)

٧٣٤ — الا أنه يلاحظ ان النية في الاضرار المدنية لها بعض الاثر فى بعض الاحوال . وذلك فى أحوال حوادث العمل [٩] فاذا وقع الضرر بالعامل بأن تعمد هو

---

(١) fait actif أى culpa in committendo (commission) (٢) abstention أو culpa in omittendo (commission)
(٣) كابتان ص ٣٦٠ والهامش ١ . — بلانيول ج ٢ ص ٢٥٧ ن ٨١٤ وما بعدها (٤) Pothier (٥) par dol et malignité
(٦) animus nocendi (٧) ولين مع كابتان ج ٢ الطبعة الثانية سنة ٩٢٠ ص ٣١١ . — دى هلس ج ٤ ص ١٢ ن ١١ . — بلانيول ج ٢ الطبعة الثامنة سنة ١٩٢١ ص ٢٦١ ن ٨١٦
(٨) actes illicites (٩) accidents de travail

إلحاق الضرر بنفسه فلا حق له فى التعويض . واذا تعمد رب العمل إلحاق الضرر بالعامل جاز الحكم بتعويض أكثر . ويلحق بالعمد التقصير أو الخطأ الذى لا يمكن التسامح فيه والتجاوز عنه [١] . كذلك فى حالة التأمين على الحياة فانه يجوز التأمين على التقصير الذي يقع من الشخص نفسه دون عمد [٢] ولكن لا يجوز مطلقا التأمين عن التقصير بعمد أى التأمين على الغش والتدليس [٣]

٣) فى الجنحة المدنية والجنحة الجنائية

٧٣٥ — يراد بالجنحة الجنائية العمل المعاقب عليه قانوناً ويعبر فى هذه الحالة عن الجنحة [٤] بأنها أيضا جريمة [٥] أما الجنحة المدنية فهى كل تقصير أو خطأ للانسان ترتب عليه إلحاق الضرر بالغير [٦] والمؤاخذة فيها مدنية صرفة . وعلى ذلك يمكن التفرقة بين الجنحة الجنائية والجنحة المدنية بالفروق الآتية :

١) الجنحة الجنائية يعاقب عليها القانون بعقوبة [٧] فى مصلحة المجموع أى هى ارتباط بين المتهم والمجموع . وأما الجنحة المدنية فالمؤاخذة فيها مدنية صرفة : أى ان الرابطة فيها قائمة بين فرد وفرد ، أو بعبارة أخرى بين مركزين ماليين [٨] لان الغرض منها اصلاح ضرر واقع

٢) والجنح الجنائية معينة ومحصورة فلا يجوز توقيع العقوبة عن عمل لم ينص عليه القانون [٩] وأما الجنح المدنية فهى غير معدودة وغير معينة لان كل عمل مهما كان متى تسبب عنه ضرر للغير بناء على تقصير أو خطأ يصبح مصدرا لالتزام الفاعل بالتعويض (راجع المادة ١٥١ فقرة أولى مدنى أهلى المقابلة للمادة ١٣٨٢ فرنسى)

٣) ليس من الضرورى دائما أن تعتبر الجنح الجنائية أو الجرائم الجنائية جنحا مدنية . لان من بين الجرائم الجنائية ما لا ينشأ عنه ضرر ما للغير مثل السرقة الخائبة والتسول والشروع فى قتل لم يتم — مع انه يمكن المطالبة بتعويض نظير الضرر الادبى وأحيانا المادى — لان المقصود من الجزاء هنا هو توقيع عقوبة جنائية [١٠] لا مجرد

---

délit (٤) dol (٣) faute non intentionnelle (٢) faute inexcusable (١)
toute faute quelconque de l'homme causant un dommage à autrui (٦) infraction (٥)
Nulla poena sine lege (٩) deux patrimoines (٨) peine (٧)
condamnation pénale (١٠)

الحكم بتعويض مدنى [1] حيث ان الجزاء الجنائى ملحوظ فيه المصلحة العامة وأما الجزاء المدنى فالمصلحة الفردية الشخصية فيه هى المعول عليها دون غيرها [2]

٤) فى تأثير القانون الجنائى على القانون المدنى

٧٣٦ — الجنحة المدنيـة إما ان تكون جنائية في آن واحد ، وإما لا . فاذا كانت مدنية صرفة ولم تعلهـا المسحة الجنائية وجب تطبيق القانون المدنى بجميع أحكامه ومختلف أشكاله . وأما اذا كانت مدنية وجنائية معا فلها أحكام خاصة فى هذه الحالة وهذه الاحكام الخاصة هى أثر من آثار القيود الجنائية . وذلك :

٧٣٧ — ١) فى سقوط الدعوى المدنية عند سقوط الدعوى الجنائية :

من المقرر فى قانون تحقيق الجنايات أن الدعوى العموميـة تسقط بمدد مختلفة عينها القانون تبعا لما اذا كانت الدعوى مخالفة أو جنحة أو جناية . فالمخالفة تسقط بمضى ستة أشهر والجنحة بثلاث سنوات والجناية بعشر سنوات (المادة ٢٧٩ / ٢٢ تحقيق جنايات)

وما القول بشأن الدعوى المدنية المندمجة بالدعوى الجنائية فهل تسقط دعوى المطالبة بتعويض مدنى عن عمل جنائى بنفس المدد المعينة لسقوط الدعوى الجنائية الخاصة بالعمل الجنائى نظرا لهذه الصلة القائمة بين الدعويين تلك الصلة التى تربطهما رباطا يدور معهما وجودا وعدما . ام ان الدعوى المدنية تستقل فى بقائها وزوالها عن الدعوي الجنائية ، فاذا زالت هذه الاخيرة بالمدد القصيرة المقررة لها بقانون تحقيق الجنايات فان الاخرى وقد علتها المسحة المدنية فلا تسقط الا بالمدة المقررة لسقوط الدعاوى المدنية الصرفة وهى ١٥ سنة طبقا لما قرره القانون المدنى (المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى) ؟

---

(1) condamnation pécuniaire (2) كلبان ص ٣٦٢ـ٣٦٣ . ـ بلانيول ص ٢٥٧ ف ٨١٨ وما بعدها . وفيما يتعلق بتعريف الجنحة فى الازمان السابقة انظر بلانيول ص ٢٦٢ ن ٨٢٦ ولا تعتبر الجنحة غير مشروعة لكونها ضارة فقط بل هى غير مشروعة لذاتها illicite en soi وانما الضرر نتيجة لها . ـ انظر سالى Saleille فى الالتزامات ص ٣٦١ ن ٣٠٥ . ـ انظر المادة ٥٠ من القانون السويسري والمادة ٨٢٣ من القانون الالمانى التى إشترط ليا . ـ اقض بلاقول ص ٢٨٠ وما بعدها

هناك رأيان : رأى يقول بوجهة النظر الاولى ، ورأى يقول بوجهة النظر الثانية ، ولكل منهما أدلة قانونية ومسوغات علمية

٧٣٨ — الرأى الأول. تسقط الدعوى المدنية بسقوط الدعوى الجنائية :

يقول بهذا الرأى القانون الفرنسى اذ نصت المادة ٦٣٧ وما بعدها من قانون تحقيق الجنايات على سقوط الدعوى العمومية مع الدعوى المدنية بمدد واحدة ، أى جمعت بين الدعويين فى السقوط بمدد واحدة وهذه المواد الفرنسية قاطعة فى ذلك . أما القانون المصرى فانه لم ينقل هـذه المواد الفرنسية بل قرر بالمادة ٢٧٩ / ٢٢ تحقيق جنايات بأن الدعوى الجنائية تسقط بمضى ستة شهور اذا كانت مخالفة وبمضى ثلاث سنوات اذا كانت جنحة وبمضى عشر سنوات اذا كانت جناية . ولم تشر هذه المادة الى الدعوى المدنية المتفرعة عن الدعوى الجنائية . فهل يستفاد من هذا السكوت ان الشارع المصرى يريد الاخذ بما قرره الشارع الفرنسى ، أم أراد بهذا السكوت أن يرجع فى سقوط الدعوى المدنية الى القاعدة العامة المقررة بالمادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى القائلة بسقوط الحقوق على اختلاف أنواعها بمضى مدة ١٥ سنة ؟

انقسم القضاء المصرى على نفسه بشأن اعتناق هذا المذهب فقضى بعض الاحكام بالاخذ بالنظرية الفرنسية . وقضى البعض الآخر بالرأى الثانى

أخذ القضاء المصرى فى أول عهده يحاول التوفيق بين المادتين ١٧١ و ٢٥٥ من قانون تحقيق الجنايات القديم الذى كان معمولا به قبل سنة ١٩٠٤ وهما المادتان المقابلتان للمادتين ١٧٢ و ٢٨٢ من قانون تحقيق الجنايات الجديد الصادر فى سنة ١٩٠٤ [1] ثم قرر الاخذ بالمذهب الفرنسى ، وأخذت به محكمة النقض والابرام المصرية [2] وقالت في أسباب حكمها « . . حيث أن الطالب لما اختار للحصول على طلباته المالية أن يسير بها فى الطريق الجنائى قد رضى لدعواه المدنية بما يلحق الدعوى الجنائية التى تبعها ، وقضى المحكمة الجنائية ملزم بالحكم بالقوانين الجنائية كما فعل لا

(١) محكمة اسيوط حكم استئناف ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ر ٢٠١ ص ١٨٢ (٢) ٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ر ٣٠١ ص ٢١٠ رقم ٧٩

بالقوانين المدنية » وهذا تعليل مبتور من جانب محكمة النقض لا يقنع فى الاخذ بهذا المذهب .

ولكن القضاء الاهلى لم يشأ الاصرار على الاخذ بهذا الرأى فى أحكامه الاخرى ، بل أخذ بالمذهب الثانى كما سبق للقضاء المختلط أن أخذ به كما سنبين ذلك بعد

وبناء على هذا المذهب الفرنسى المؤيد بالعهد الاول للقضاء المصرى الاهلى تسقط الدعوى المدنيـة بسقوط الدعوى الجنائيـة. فالقاتل عمداً لا يعاقب اذا مضت عشر سنوات على واقعة القتل من تاريخ وقوعها. وكذلك لا يطالب بتعويض بشأن هذه الواقعة مع أن الدعوى المدنية الصرفة لا تسقط الا بمضى ١٥ سنة (المادة ٢٠٨/٢٧٢ مدنى) وكذلك اذا وقعت جنحة سرقة وظل السارق فى مأمن عن العقوبة ثلاث سنوات فلا يجوز مطالبته بتعويض بعد مضى هذه المدة (المادة ٢٨١/٢٧٦ تحقيق جنايات) اليس بغريب أن غير السارق يظل مهددا بالمطالبة ١٥ سنة ، وأن السارق ، المرتكب لعمل جنائى يعاقب عليه قانون العقوبات لا يهدد الا مدة ثلاث سنوات فقط ؟ اليس الاجدر بالحماية فى تقصير أجل التهديد هو غير السارق ، وأن الذى يجب التشدد معه هو السارق؟ لا محل للغرابة اذا لاحظنا المصلحة العامة . لانه مما يؤذى المجموع أن السارق المعفى من العقوبة بعد ثلاث سنين يحكم عليه بتعويض نظير العمل الجنائى الذى أصبح غير مسئول عنه بالمرة . ذلك لان بمضى المدة الجنائية لا يجوز مطلقا محاسبته عن هذا العمل . لانه اذا كانت الملاحظة السابقة موضعا للغرابة فيكون من الاغرب الحكم على شخص بتعويض عن عمل أصبح لا يعاقب عليه. وما على المجنى عليه الا أن يحاسب نفسه فى انه لم يسارع الى المطالبة بحقه فى ظرف مدة التقـادم الجنائى ليكون بذلك أحيانا معوانا للنيابة فى مطاردة المتهم تذرعاً لمعاقبته جنائياً

ولكن لا يفوتنا هنا أمر هام جداً وهو أن التقادم الجنائى لا ينصب فقط الا على التعويض الناشىء عن الجريمة المعاقب عليها . وأما الحقوق الاخرى التى ترتبت للمجنى عليه ترتبا مدنيا صرفا ، مع أن هـذه الحقوق متصلة بالجنحة الجنائية ، فانها لا تتأثر مطلقا بالمؤثرات الجنائية. فى حالة السرقة لا يجوز مطالبة السـارق بعد ثلاث

سنوات بتعويض نظير السرقة . ولكن يجوز مطالبته بالشيء المسروق فى ظرف ١٥ سنة. لان السرقة بتحليلها تشمل عملين : عمل جنائى وعمل مدنى . فالجنائى هو السرقة أى اختلاس مال الغير . وأما المدنى فهو أخذ الشيء فى ذاته المملوك للغير. فالاختلاس يعاقب عليه قانون العقوبات . وأما مجرد أخذ الشيء فيؤاخذ عليه القانون المدنى الصرف . وعلى ذلك يظل السارق مهدداً بدعوى رد المسروق مدة ١٥ سنة ويظل مهدداً بالتعويض الناشيء عن الاختلاس ٣ سنوات والا لو قيل بان دعوى استرداد المسروق تسقط هى الاخرى بمضى ٣ سنوات لترتب على ذلك تسوىء حالة المغتصب غير السارق بالنسبة للمغتصب السارق اذ تسقط دعوى المطالبة بالمسروق قبل السارق بمدة ٣ سنوات بينما لا تسقط عن غير السارق الا بمدة ١٥ سنة : وهذا لا يقبله المنطق فى القانون .

٧٣٩ — الرأى الثانى : لا تسقط الدعوى المدنية بسقوط الدعوى الجنائية :

يقول هذا الرأى باستقلال الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية وانما تسقط بمضى ١٥ سنة طبقا للقانون المدنى (المادة ٢٠٨/٢٧٢ مدنى) . وهذا الرأي هو ما أخذ به القضاء المصرى الاهلى فى عهده الاخير ، القضاء المختلط ، والفقه المصرى . ولذا نفرد لكل منها كلمة

١ — **القضاء المختلط** : يرى القضاء المختلط ان المادة ٢٧٧ تحقيق جنايات مختلط قررت سقوط الدعوى الجنائية بمدد معينة ولم تشر مطلقا الى الدعوى المدنية . وعلى العكس من ذلك فان المادة الفرنسية ٦٣٧ تحقيق جنايات قد أفصحت عن سقوط الحق فى الدعويين الجنائية والمدنية . وما دام الشارع المصرى المختلط لم ينقل النص الفرنسى كما هو بل قصر السقوط على الدعوى الجنائية دون الدعوى المدنية ، فانه يستفاد من ذلك انه لم يرد البتة الاخذ بالمذهب الفرنسى بل جعل الدعوى المدنية خاضعة لاحكام القانون المدنى الصرف . أى الدعوى المدنية لا تسقط الا بمضى مدة ١٥ سنة سواءاً كانت خاصة بتعويض ناشئ عن عمل جنائى أم كانت دعوى مدنية صرفة لم تعلها المسحة الجنائية [1]

(١) استئناف م ٢٨ ابريل سنة ١٨٩٧ م ت ق ٩ ، ٢٩٤ — ٢٩٥

٢ — القضاء الاهلي في عهده الثاني : أخذ القضاء الاهلي في هذا العهد الاخير يعالج التوفيق بين نصي المادتين ١٧٢ و ٢٧٢ تحقيق جنايات بطريقة تخالف الطريقة التي عالج بها القضاء في عهده الاول (العهد الاول المؤيد بحكم ٣ يناير سنة ٩٠١ السابق ذكره ن ٣٣٨) ذلك ان المادة ١٧٢ تقرر بانه « اذا كانت الواقعة غير ثابتة أو لا يعاقب القانون عليها أو سقط الحق في اقامة الدعوى بها بمضي المدة الطويلة يحكم القاضي ببراءة المتهم ويجوز له أن يحكم أيضاً بالتعويضات التي يطلبها بعض الخصوم من بعض » ويستفاد من هذه المادة النتائج الآتية : أولا . سقوط الدعوى الجنائية لا يجر معه سقوط الدعوى المدنية . أي اذا سقطت الدعوى الجنائية فالدعوى المدنية قائمة . ثانياً يجوز رفع الدعوى المدنية أمام القاضي الجنائي رغم سقوط الدعوى الجنائية . ثالثا : يجوز للقاضي الجنائي الحكم في التعويض الذي يطلبه المتهم نفسه من المدعي المدني ، أي أن اختصاص القاضي الجنائي مدنياً لا يقصر فيه على طلبات المدعي المدني بل يتناول أيضا طلبات المتهم المدنية قبل خصمه المدعي المدني

وأما المادة ٢٨٢ تحقيق جنايات فقد قررت ما يأتي : « الدعوى بالتضمينات الناشئة عن جناية أو جنحة أو مخالفة لا يجوز اقامتها باحدى المحاكم في المواد الجنائيه بعد انقضاء المدة المقررة لسقوط الحق في اقامة الدعوى العمومية » وظاهر هذه المادة يتناقض مع النتيجة الثانية للمادة السابقة ١٧٢ . إذ بينما تقرر المادة ١٧٢ جواز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية لأجل المطالبة بتعويض رغم سقوط الدعوى الجنائية بمضي المدة ، فان المادة ٢٨٢ تقرر عكس ذلك

ولاجل التوفيق بين هذين النصين في هذا التناقض اتبع القضاء طرقا مختلفة . اذ يقول تارة بان المادة ١٧٢ عامة مطلقة في حالاتها الثلاث فجاءت المادة ٢٨٢ وقيدتها في حالة واحدة من حالاتها الثلاث . (حكم ٣ يناير سنة ٩٠١ السابق ذكره) أي أن المادة ٢٨٢ استثناء المادة ١٧٢ [1] وتارة يقول القضاء بان الغرض من قول

(١) وعلى عكس ذلك علي زكي بك العرابي : تحقيق الجنايات ج ١ ص ٢٥٣ اذ يقول ان المادة ٢٨٢ هي الاصل ، والمادة ١٧٢ هي الاستثناء . — بني سويف الجزئية في ٢ مايو سنة ٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٤٧ عدد ٤٠ (بان الدعوى المدنية لا تنظر جنائياً بعد سقوط الدعوى الجنائية) . — النقض في ٣ ابريل سنة ٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٢١٩ عدد ٧٤ (بانه اذا حكم بعدم صحة التهمة فلا يجوز الحكم بتعويض)

الشارع فى آخر المادة ١٧٢ « ويجوز له أن يحكم أيضاً بالتعويضات التى يطلبها بعض الخصوم من بعض » أنه يرمى الى التعويض الذى يطلبه المتهم من المدعى المدنى فقط ، وان هذه العبارة لا يفهم منها أنها تتعلق أيضاً بطلب المدعى المدنى ضد المتهم لان هذا الطلب ممنوع نظره بمقتضى المادة ٢٨٢ [1]

وبناء على هذا التفسير يعتبر القاضى الجنائى ممنوعا من نظر الدعوى المدنية المرفوعة من المدعى المدنى بعد سقوط الدعوى الجنائية . انما منعه من النظر لا يمنعه من الحكم بتعويض يطلبه المتهم نفسه من المدعى نفسه عند سقوط الدعوى الجنائية

واذا كانت المادتان ١٧٢ و٢٨٢ قد اتفقتا فى المعانى القانونية بناء على هذا التفسير فقد استنتج منه القضاء نتيجة أخرى وهى أن المادة ٢٨٢ فى حظرها رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية بعد سقوط الدعوى الجنائية انما أرادت بذلك عزل الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية واعتبار كل منهما مستقلة عن الاخرى من حيث السقوط . ويستدل هذا القضاء على رايه هذا بان الشارع المصري لم ينقل المواد ٦٣٧ وما بعدها تحقيق جنايات فرنسى ، وهى المواد التى قررت سقوط الدعوين الجنائية والمدنية بمدد واحدة مشتركة بين الاثنتين [2] وانه فى وضعه المادة ٢٨٢ تحقيق جنايات مصرى انما اراد بها تأكيد هذه الارادة لديه ، بان فصل الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية بعد سقوط هذه الاخيرة ، لان تخويل القاضى الجنائى نظر الدعوى المدنية لا يأتى إلا من طريق التبعية ، ولا تبعية بين الاثنين إلا اذا وجد الاصل وهو الدعوي الجنائيه فاذا زال زال معه ما يتبعه

٣ — **الفقه المصرى** : تأثر أغلب الفقه المصرى بعدم نقل الشارع المصري فى مادته ٢٨٩ / ٢٢ تحقيق جنايات ، الخاصة بسقوط الدعوى الجنائية ، للمواد ٦٣٧ وما بعدها تحقيق جنايات فرنسى . اي يستنتج الفقه المصرى من عدم تشابه المواد المصرية مع نظيراتها الفرنسية ما يفيد رغبة الشارع المصرى عن الاخذ بما قرره

---

(١) محكمة النقض ٩ فبراير سنة ٩٠٧ م ر ١ ، ٨ ص ١٦٢ رقم ٧٤ (٢) طنطا الكلية ٥ مايو سنة ٩١٧ م ر ١ ، ١٨ ص ١٦٨ رقم ٩٥ . — شبين الكوم اول أغسطس سنة ٩١٧ م ر ١ ، ١٩ ص ١١ رقم ١٠ صادر من الدكتور عبد الفتاح بك السيد

الشارع الفرنسي . ومما رغبه في الاخذ بما يخالف المذهب الفرنسي ما قاله بعض الشارحين الفرنسيين من عدم وجود مبرر للجمع بين الدعويين في حالة السقوط ومن أخذ أغلب الشرائع العصرية بما يخالف المذهب الفرنسي [١] ولكن خالف دي هلس هذا الفقه المصري [٢] ورأى ضرورة التفرقة في حالة التعويض بين التعويض الذي يرجع للجريمة من حيث هي ، وبين التعويض الذي يرجع الى شبه الجنحة . فقال بان النوع الاول يخضع للتقادم الجنائي [٣] والثاني للتقادم المدني [٤] لأن الاول اصبح متصفاً بالتقادم العام لأنه لا يباح إثبات واقعة جنائية اصبحت غير معاقب عليها . وعلى ذلك يجوز للقاضي أن يدفع بالتقادم في هذه الحالة من تلقاء نفسه [٥] هذا هو الشارح المصري الوحيد الذي أيدنا في رأينا

٧٣٩ مكرر — وانه رغم وجاهة الرأي الثاني وما أيده به بعض الشرائع الاجنبية الحاضرة فان الرأي الاول لم يفقد مزاياه العملية من حيث مراعاة أن الدعوى المدنية المتعلقة بالدعوى الجنائية ليست ككل دعوى مدنية محضة أي أن الصلة التي ربطت الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية صلة تجعل الدعوى المدنية محكومة في بعض مظاهرها العملية بالقواعد الخاصة بالاعمال الجنائية ، كل هذا في مصلحة النظام العام

٧٤٠ — ولكن هل يصح الاخذ بهذا المذهب الاول في القانون المصري مع وجود النصوص ١٧٢ و ٢٨٢ و ٢٧٩ تحقيق جنايات مصري ؟ ربما يجوز ذلك اذا فسرت هذه النصوص مع المواد ٦٣٧ وما بعدها تحقيق جنايات فرنسي تفسيراً يذهب بالفروق الظاهرة بينهما . بمعنى أن المادة ٢٨٢ تنصرف الى انها تعتبر مقيدة لما أطلقته المادة ١٧٢ [٦] لأن هذه المادة الاخيرة انما ترمي في الحقيقة أولا الى أن الحكم بالبراءة يجب أن يكون في الاحوال الثلاث التي ذكرتها . أي أن ذكرها لسقوط الدعوى المدنية انما جاء لمناسبة تعداد أحوال البراءة . وهي هي نفس المادة

(١) جرانمولان ج ٢ تحقيق جنايات ص ٣٢٨ - ٣٣٠ ن ١٢٤ - ١٢٦ . - على زكى بك العرابي تحقيق الجنايات ج ١ ص ١٥١ - ١٥٣ . - عبد الفتاح بك السيد بحكمه أول اغسطس سنة ٩١٧ المشار اليه (٢) ج ٤ ص ٣٦ - ٣٧ ن ٦٥ - ٦٨ (٣) ج ٤ ص ٣٦ ن ٦٦ (٤) ص ٣٦ ن ٦٥ (٥) دى هلس ج ٤ ص ٣٧ ن ٦٧ (٦) حكم اسيوط في ٣ يناير سنة ٩٠٦ المذكور

١٧١ القديمة. ووضعت المادة القديمة أخذاً عن المادة ١٩١ تحقيق جنايات فرنسية التي قررت بأن القاضي يحكم بالبراءة اذا تبين ان الواقعة لا تعتبر جنحه أو مخالفة ولكنه يحكم في التعويضات. ويلاحظ على هذه المادة الفرنسية بمقارنتها مع المادة ١٧٢ المصرية انها لم تشر الى حالة سقوط الدعوى الجنائية ولم تقل « بالتعويضات التي يطلبها بعض الخصوم من بعض » ولكن المفهوم أن البراءة محتمة عند سقوط الدعوى الجنائية . أما التعويضات المشار اليها في المادة الفرنسية . فقد فسرها شراح فرنسا بانها التعويضات التي يطلبها المتهم من المدعي المدني بناء على ما وقع من هـذا الاخير من الخطأ أو التقصير[1] حتى في حالة سقوط الدعوي[2] وأبى الشارحون الفرنسيون أن تنصرف عبارة التعويضات الى التعويضات التي يطلبها المدعي المدني ، بل قصروها فقط على ما يطلبه المتهم من المدعي المدني[3]. ولما كانت المادة ٢١٢ تحقيق جنايات فرنسي التي تقول « بانه في حالة البراءة استئنافياً يجوز الحكم في التعويضات » تتعارض مع هذا الرأي الذي فسرت به المادة ١٩١ ، فقد قرر الشارحون بان عبارة المادة ٢١٢ جاءت خطأ فيما يتعلق بالتعويضات التي يطلبها المدعي المدني . وحجتهم في ذلك كله انه عند الحكم بالبراءة تصبح التعويضات مدنية صرفة ويجب أن تكون من اختصاص القضاء المدني[4] ومع كون الدعوى في هـذه الحالة مدنية صرفة فانها تسقط مع ذلك بالمواد المقررة لسقوط الدعوى الجنائية طبقاً للمواد ٦٣٧ و٦٣٨ تحقيق جنايات فرنسي الصريحة في ذلك

هذا الرأي في تفسير المادتين ١٩١ و ٢١٢ فرنسي المعادلتين للمادة ١٧٢ مصري يطابق تماماً حكم محكمة النقض المصري في ٩ فبراير سنة ٩٠٧ والذي اشرنا اليه

٧٤١ — اذا علم ذلك فماذا يكون تفسير المادة ٢٨٢ في غير ما قيدت به المادة ١٧٢ ؟ فهل تفيد أن الحظر على المحكمة الجنائية في نظر الدعوى المدنية بعد سقوط الدعوى الجنائية ، يجعل الدعوي المدنية خاضعة لاحكام القانون المدني في السقوط ، أو أن معني ذلك هو أن القضاء الجنائي يصبح غير مختص بالنظر فيها لانه لا ينظر الدعوى الجنائية

(١) انظر Poittevin في التعليق على قانون تحقيق الجنايات الفرنسي سنة ١٩١١ ص ٨٦٨ ن ٣٧
(٢) الكتاب المذكور ص ٨٦٨ ن ٤٠ (٣) الكتاب نفسه ص ٨٦٠ ن ٤٤ (٤) النبذة ٤٥ من الكتاب المذكور

لسقوطها ولان اختصاصه المدنى انما جاءه من طريق اختصاصه الجنائى للرابطة القانونية التي تربط الدعوى المدنيةبالدعوى الجنائية ، ربما كنا أميل الى الاخذ بوجهة النظر الثانية هذه ، تلك الوجهة التي جعلت الفقه المصرى يقول بحق بأن المادة ٢٨٢ تعتبر فى هذه الحالة مادة عامة لا استثنائيةللمادة ١٧٢ [1] ونظراً لزوال الرابطة بين الدعويين من الوجهـة الشكلية فقط أصبح القضاء الجنائى غير مختص بنظر الدعوى المدنية : نقول بزوال الرابطة من الوجهة الشكلية ولم نقل غير ذلك لان الصلة بين الدعويين من الوجهة الموضوعية ، أى من حيث الاعتبارات التكوينية للدعوى المدنية فانها قائمة الى الابد لان الدعوى المدنية التي ترجع فى أساسها الى عمل جنائى تصبغ دائما بهذه الصبغة الجنائية . فهى لا تتغير سواء طرحت أمام القضاء المدنى أو القضاء الجنائى هذه السحة الجنائيـة للدعوى المدنية هى بعينها التي جعلت الحق المدنى حقاً مدنياً جنائيا . أى مدنياً فى النتيجة ، وجنائياً فى الحقيقة . ونظراً لهذه السحة الجنائية رأي الشارحون ضرورة اعتبار الحق المدنى متصلا بالنظام العام . أى أنه مما تأذى له الجماعة أن يظل المتهم مسئولا مدنيا عن العمل الجنائى بينما لا يسأل جنائيا عن هـذا العمل الجنائى لسقوط الدعوى فيه بمضى المدة. على أنه لا يفوتنا أن نلاحظ انه مع سقوط الدعوى الجنائية والدعوى المدنية أيضا الخاصة بالمطالبة بالتعويض المترتب عن العمل الجنائى باعتباره جنائيا محضا ، فان الحق المدنى المتعلق هـذه المرة بالشيء المسروق أو المبدد مثلا ، حق مدنى صرف تسرى عليه أحكام القانون المدنى المحض من حيث السقوط وغيره . والا لامتاز المحرم عن المغتصب ، الامر الذى لا يقبله العدل كما بينا ذلك فى مكانه .

٧٤٢ — وأما عدم ذكر المادة ٢٧٩ تحقيق جنايات مصرى للدعوى المدنية عند ذكر سقوط الدعوى الجنائية وعدم جرى الشارع المصرى على ما قررته المواد ٦٣٧ و ٦٣٨ فرنسى من الجمع بين الدعويين فى حالة السقوط ، فانه لا يعلل ذلك بأكثر من أن الشارع المصري أراد الاختزال فى التعبير كما فعل أكثر من مرة فى مواطن عدة أو انه خشى من ذكر الدعوى المدنية بجانب سقوط الدعوي الجنائية

(١) على بك زكى العرابى تحقيق الجنايات ج ١ ص ١٥٢

بالمادة ٢٧٩ أن يتسرب الخلط إلى القارىء بين الدعوى المدنية الناشئة عن العمل الجنائي الصرف ، وهى التى تسقط بالمدة التى تسقط بها الدعوى الجنائية ، وبين الدعوى المدنية البحتة الخاصة بالمطالبة بالشيء المسروق أو المبدد وهى التى تسقط بالمدة المقررة بسقوط الحقوق المدنية العادية أو هى ١٥ سنة .

٢) يجوز رفع الدعوى المدنية ، وهى الخاصة بالمطالبة بالتعويض فقط نظير الاضرار التى أصابت المجنى عليه ، بطريق التبعية أمام المحكمة الجنائية المطروحة أمامها الدعوى الجنائية ، فيما اذا كانت الجنحة جنائية (المادة ٥٤ تحقيق جنايات) وفى هذه الحالة تتمشى على الدعوى المدنيـة جميع القيود الخاصة بقانون تحقيق الجنايات ؛ يعني أن المدعى بالحق المدنى يجب أن يخضع للاوضاع الشكلية وغيرها المقررة فيه فيرفع استئنافه فى الجنح فى ظرف عشرة أيام من طريق التقرير بقلم كتاب المحكمة الجزئية . وكذلك الحال في حالى المعارضة أو النقض فانه يخضع للقيود الجنائية أيضا أى يجوز له رفع نقض فيما يتعلق بحقه فى التعويض ، بخلاف ما اذا كان قد رفع دعواه مدنياً أمام المحكمة المدنية فانه يحرم من حق النقض . وهذه هى الحالة الوحيدة التى يجوز فيها النقض المدنى. ولـكن ما يجب التساؤل فيه هنا هو هل يجب على محكمة النقض أن تطبق القانون المدنى فى هذه الحالة ؟ أى هل يجوز لها أن تقضى بان المحكمه الجنائية خالفت الاصول القانونية المدنية الصرفة أم لا ؟ نظن الايجاب ، الا اذا كان الحكم المطعون فيه بالنقض قد شابته الابحاث الموضوعية الخاصة بالوقائع حتى أخرجت البحث عن مجال القانون وجعلته موضوعياً صرفاً (١)

ولـكن مع ذلك يبقى لبعض القيود المدنية بعض الاثر وذلك فيما يتعلق بالنصاب فى الاستئناف . فاذا طلب المدعى بالحق المدنى أو المتهم تعويضا أقل من ٢٠ جنيها م فلا يجوز لهما رفع استئناف عنه

٣) وان كانت الواقعة المطروحة أمام المحكمة الجنائية لا يعاقب عليها القانون جاز لها مع ذلك أن تحكم فى دعوى التعويض وكذلك فيما اذا كانت الواقعة غير ثابتة أو سقطت بمضى المدة (١٧٢ / ١٧١ تحقيق جنايات و ١٤٧ تحقيق جنايات) وسواء

(١) انظر مع ذلك النقض فى ٤ ديسمبر سنة ٩٢٣ مجلة المحاماة سنة ٣ ص ١٥٩ رقم ١٠٢

أكان التعويض مطلوبا من المتهم أم مطلوبا من نفس المجنى عليه . وأما ما ذهب اليه أخيراً بعض المحاكم من عدم جواز الحكم بتعويض في مثل هذه الاحوال فهو مجازفة في مخالفة النص الصريح [1]

٤) واذا تعذر على المجني عليه الادعاء بحق مدنى كأن حفظت النيابة الدعوى جاز له مع ذلك رفع دعوى جنحة مباشرة يطلب فيها الحكم بتعويض ويلفت نظر النيابة الى طلب توقيع العقوبة من المحكمة (المادة ٥٢ / ٤١ تحقيق جنايات) وذلك باعتبار أن قرار الحفظ ليس حجة على المجني عليه ، وهذا ما قرره النقض أخيراً بعد أن سار على نقيضه زمنا طويلا . والذى يفهم من المادة أن العمل الذى يعتبر مصدراً للالتزام المدنى يجب أن تعلوه المسحة الجنائية ولو من طريق بعيد . بمعنى أنه اذا تبين أنه مدنى محض وأنه بعيد بالمرة عن أى نوع جنائى فلا يجوز مطلقا نظر الدعوى أمام المحكمة الجنائية ، أى لا يجوز تطبيق المادة ١٧٢ / ١٧١ تحقيق جنايات ويجب الحكم بعدم الاختصاص . وفى هذه الحالة ترفع الدعوى أمام المحكمة المدنية فقط [2]

٥) اذا اختار المجني عليه الطريق المدنى أولا فليس له بعد ذلك اختيار الطريق الجنائي (المادة ٢٣٩ / ٢٦٨ تحقيق جنايات) وفي هذه الحالة اذا رفعت الدعوى الجنائية أثناء نظر الدعوى المدنية وجب على المحكمة المدنية ايقاف الفصل فى دعواها حتى يتم الفصل من المحكمة الجنائية في الدعوى الجنائية وهذا ما يعبر عنه بقولهم ان الجنائى يوقف المدنى [3]

ولا صعوبة فى قبول هذا الرأى فيما اذا كانت المحكمة المدنية والمحكمة الجنائية تابعتين لنظام قضائى واحد كما اذا كانتا تابعتين معاً لنظام المحاكم الاهلية أو لنظام المحاكم المختلطة ، ولكن ما القول فيما اذا كانت كل محكمة تابعة لنظام يخالف الآخر مثل المحاكم الشرعية والاهلية والمختلطة والقنصلية ؟ نترك الافاضة فى هذا القول لأن المجال ليس محله هنا

---

(١) المحاماة ٣ ص ٦٣ رقم ٢٤ محكمة النقض (٢) كولين مع كابيتان ج ٢ ص ٣٦٣ فقرة ٢
(٣) le criminel tient le civil en état

٦) فيما يتعلق بقوة الشيء المحكوم فيه، المعول عليه ان للاحكام الجنائية قوة الشيء المحكوم فيه على المحاكم المدنية وأما العكس فعلى خلاف ذلك[1]

٥) فى التعويض وصوره

٧٤٣ — ينظر فى التعويض الى مبلغ الضرر الواقع وهو فى العادة مبلغ من المال يحكم به على المقصر أو المخطىء . ولكنه قد يتشكل أحيانا ببعض الصور الآتية :

١) اما أن يحكم بنشر الحكم فى الجرائد كما يحصل فى حالة جرائم القذف والسب (استئناف م ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ت ق ، ١٢ ، ١٣٤) ـ واذا اعتاد رب المصنع على طبع نشرة وتوزيعها على عماله بالجزاآت الداخلية التى توقعت على بعضهم وأعلن عن رفت عامل لاتهامه بتزوير ثم تبين بان التزوير هو مجرد اهمال جاز الحكم على رب المصنع بتكليفه بنشر ذلك بنشرته وإلا حكم عليه بنشره بالصحف السيارة (٦ فبراير سنة ١٩٠٧ ، ١٩ ، ١٠٧)

٢) وإما أن يحكم بمبلغ على سبيل مرتب طول الحياة[2] وذلك في حالة ما إذا رضى المحكوم عليه بهذا القيد لانه لا يوجد بالقوانين المصرية ما يبيح ذلك[3] ولكن القضاء الفرنسى أباحه[4] ويبيحه الفقه المصرى وعلى الاخص إذا ترك المتوفى ورثة قصراً وكانوا في حاجة الى تعويض منتظم بمثابة معاش لهم للقيام بحاجاتهم الحيوية ذَ قآ نا[5]

٣) واما الحكم باتلاف الشيء الذى كان موضع العمل المؤاخذ عليه[6]

٤) واما الحكم بعدم صحة العمل الذى حصل إضراراً بصاحب الحق كما يحصل فى حالة تهريب المدين لاملاكه اضراراً بدائنيه فانه يحكم فى هذه الحالة ببطلان تصرفاته واعتبارها كأن لم تكن (المواد ١٤٣/٢٠٤ و٥٥٦/٦٨٠ مدنى)

---

(١) راجع فى ذلك كله نظرية الاثبات التى سيأتى بيانها (٢) rente viagére استئناف م ٣٠ ديسمبر سنة ٩٠٨ م ت ق ، ٢١ ، ٩٣ (٣) استئناف م اول ديسمبر سنة ٩٠٩ م ت ق ، ٢٢ ، ٣٧ (٤) د ، ٩٦ ، ٣ ، ٥٩ . س ، ٣٠٩٧ ، ٨٥ (٥) دى هلس ج ٤ ص ٢٦ ن ٤١ (٦) فاذا اغار مالك عند بناء اساس ملكه على ارض الجار فللمحكمة الحق والزامه بازالة الاساس أو بتعويض طبقا للظروف : ٣١ مايو سنة ٩٠٦ ، ١٨ ، ٣١٤

٦) فى تاريخ المسئولية الناشئة عن التقصير أو الخطأ

٧٤٤ — قلنا إن أساس المسئولية فى الوقت الحاضر هو التقصير أو الخطأ أي الجنحة . ولذا يسمون هذه المسئولية بالمسئولية الناشئة عن الخطأ أو المسئولية التقصيرية [١] .

ونرى هنا ضرورة التكلم على ما يأتى : المسئولية عند الشعوب القديمة والمسئولية عند الرومان . المسئولية فى القانون الفرنسى قبل سنة ١٨٠٤ ـ نظرية التقصير أو الخطأ المعروفة عند العلماء . — النظرية العصرية فى المسئولية الشيئية

١ — المسئولية عند الشعوب القديمة

٧٤٥ — كانت الشعوب القديمة ترى ان الوسيلة الوحيدة فى اصلاح الضرر الناشىء عن العمل التقصيرى أو الخطأ [٢] هو توقيع عقوبة [٣] . ولم يتقرر فصل التعويض عن العقوبة الا فى العصور الحاضرة

وعلى كل حال يمكن القول بأن الشعوب القديمة والحديثة مرت فى تقرير هذه النظرية الهامة بأربعة أدوار نوجزها فيما يأتى [٤]

الدور الاول : وهو دور قانون الاخذ بالثأر المثلى [٥] اذ كان يباح للفرد الذى أصابه ضرر ما ان يحدث بخصمه مثل ما أحدثه هذا الاخير به . وهذا الدور يحكى دور الطفولة عند الصبى فى أن هذا الخاطر بالأخذ بالثأر المثلى هو ما تمليه طبيعة العقل على نفسه المتأثرة من الحادث الواقع عليها [٦]

الدور الثانى : فى هذا الدور قد تلطفت شدة الاخذ بالثأر المثلى فتحول الى اتفاق على مبلغ من المال يدفعه المتهم الى المجنى عليه بعد مراعاة الظروف الخاصة

---

(١) responsabilité délictuelle (٢) fait fautif (٣) pénalité

(٤) راجع مذكراتنا فى القانون الرومانى سنة ١٩٢٢ـ١٩٢٣ القسم الثالث الخاص بالالتزامات بالفصل الملحق بمصادر الالتزامات عند الرومان أى الجنح (٥) loi de talion (٦) geste instinctif

بكل منهما وهذا ما يسمى الصلح الاختيارى [1] وعلى ذلك تعتبر العقوبة في هذه الحالة عقوبة مالية لا عقوبة بدنية

الدور الثالث : امتاز الدوران الاولان بان الاخذ بالثأر كان الامر فيه موكولا الى الاشخاص أنفسهم أصحاب الشأن. فكان المجني عليه هو الذي يأخذ بالثأر بنفسه اما من طريق احداث الضرر بخصمه واما باملاء الغرامة المالية عليه [2] ولكن لما أخذت الجماعات طريق المضى فى سبيل التهذيب والرفه وظهر أثر الحكومة فى الاشراف على الافراد بحق السلطة العامة تدخلت الحكومة فى الامر وانتزعت من يد الافراد حق تقرير وتقدير الغرامة وقررت هى هذا الحق لنفسها. وهكذا ظهرت امارات جديدة لهذا المبدأ العصري الحاضر فى أن الحكومة هى التى تتولى بنفسها أمر العقوبة توقيعاً وتقديرا. وكان لهذه الحركة أثر عند الرومان كما دل على ذلك قانون الاثني عشر لوحة ثم عملت بهذا المبدأ أيضا الشعوب الاخرى بما كانت تسميه « الدية » [3]

الدور الرابع : فى هذا الدور تغير نهائياً أمر العقوبة فبعد أن كان بيد الافراد تولت أمره الحكومة. أى انه بعد أن كان عقوبة خاصة أصبح عقوبة عامة وما على المجني عليه الا ان يقدم بلاغاً للحكومة بما أصابه من الحوادث الجنائية. ثم يطالب بتعويض نظير ما أصابه من الضرر. والتعويض هذا مستقل تمام الاستقلال عن حق الحكومة في العقوبة البدنية أو المالية [4]

٢ — المسئولية عند الرومان

٧٤٦ — كان الرومان يسيرون فى تشريعهم على مبدأ هو الحد الوسط بين ما كان معروفا بالدورين الثالث والرابع وكانت الجرائم مقسمة عندهم الى قسمين جرائم عامة [5] وجرائم خاصة [6] فالاولى هى أعمال غير مشروعة [7] ضارة بالمصلحة العامة معاقب عليها بعقوبات بدنية أو مالية لا يستفيد منها المجنى عليه في

(1) composition volontaire (2) composition pécuniaire (3) wehrgeld
(4) كابتان ص ٣٦٤ (5) délits publics (6) délits privés (7) actes illicites

الإصل . والثانية كان الجزاء فيها عقوبة خاصة [١] أي غرامة يقضى بها للمجني عليه بعد أن يطلب الى الحاكم الحكم له بها .ومما يؤكد أن هذه العقوبة المالية هى عقوبة جنائية أنه يحكم بها للمجني عليه حتى ولو لم يلحقه ضرر ما ، وكذلك لا يراعى فيها ضرورة النظر الى مبلغ الضرر الواقع بالفعل

هذا ولم يقف التشريع الرومانى عند هذا الحد السابق بل أخذت مبادئه الاولى تتطور هى الاخرى . ذلك أن مبدأ التعويض ابتدأ يظهر منفصلا عن مبدأ العقوبة أى أن كلا من حق التعويض والعقوبة أخذ يتميز عن الآخر بما هو معروف في وقتنا الحاضر

والذى يدل على ذلك أن المشترع جيوس [٢] والامبراطور جوستنيان قسما الدعاوى الى الاقسام الآتية :

١) **دعاوى الاسترداد العينى أو النظرى** : [٣] وهى الدعاوى التى يطلب بها المجني عليه رد الشيء نفسه أو ما يقابله أى ثمنه [٤]

٢) **الدعاوى الجنائية البحتة** : والغرض منها توقيع العقوبة ولا شأن لها بالتعويض . فى حالة السرقة مثلا كنت الدعوى المساة « دعوى السرقة » [٥] خاصة بالعقوبة . وكان للمجنى عليه حق المطالبة بالشيء المسروق أو ثمنه بواسطة الدعوى الاخرى المساة « المطالبة بالمسروق » [٦] أى بينما الدعوى الاولى هى جنائية اذا الدعوى الاخرى مدنية

٣) **الدعاوى المختلطة** [٧] أى الدعاوى التى ترمى فى آن واحد الى غرامة مالية والى تعويض . ويدخل في هذا النوع الثالث دعوى قانون آكليا [٨] بخصوص الاضرار التى تلحق المال عمداً أو عن غير عمد ، ودعوى الغش [٩]

هذا ومما يجعل القانون الرومانى متميزاً عن القوانين الحاضرة أنه قد عين عدداً محدداً من الجرائم الخاصة أ.ح فيها للمجنى عليه حق رفع الدعوى ولم يقرر مطلقاً قاعدة عامة يبيح فيها للمجني عليه حق رفع الدعوى فى أى حالة من الاحوال

(١) peine privée (٢) Gaius (٣) actions réipersécutoires (٤) équivalent
(٥) actio furti (٦) condictio furtiva (٧) actions mixtes (٨) actio legis aquiliae
(٩) actio doli

فيما اذا أصابه ضرر . أى أن القانون الرومانى لم يشرع تشريعاً عاما عن أى عمل ضار بل عين هذه الاعمال بالذات والتعيين. ولكن نسارع الى ملاحظة أن قانون آكليا[1] قد عالج هذا الامر من طريق التشريع العام نوعا ما فوضع قاعدة عامة تقرر المؤاخذة عن أي عمل ضار بالمال . وبعد ذلك أكثر الفقه والقضاء الرومانيان من عدد الجرائم . وقرر قانون آكليا[2] هذا دعوى جنائية ومدنية في آن واحد[3] انتهى الامر أخيراً الى الاستعانة بها فى الحصول على تعويض نظير جميع الاضرار التى لحقت بأى شيء مما يملكه الانسان[4]

حصل كل هذا دون أن يذهب القانون الرومانى فى تشريعه شبه العام الى ما ذهبت اليه المادة ١٣٨٢ الفرنسية والمادة ١٥١ المصرية من حيث التعميم المطلق[5]

٣ — المسئولية في القرون الوسطى

وقبيل وضع قانون نابليون سنة ١٨٠٤

٧٤٧ — ظلت نظرية المسئولية فى تطور كما رأينا اذ انتقلت من أدوارها الاولى العتيقة ثم تهذبت عند الرومان . وجاء علماء القانون الفرنسى قبل سن قانون نابليون وأفاضوا فيها من الابحاث بما كان اساسا للمادة ١٣٨٢ وقرروا المسئولية عن الخطأ[6] وهى المسئولية التى أخذ بها الشارع الفرنسى كما أخذ بها الشارع المصرى الاهلى فى المادة ١٥١ فقرة أولى . ومن عهد لوازيل[7] قد ابطلت العقوبة الخاصة وتقررت القاعدة الآتية وهى: أن ليس للفرد عند حصول العمل الضار اكثر من المطالبة بحق مدنى ولا شأن له بالوجهة الجنائية[8]

---

(١) loi Aquiliae (٢) Aquiliae (٣) pénale et réipersécutoire
(٤) راجع مذكراتنا فى القانون الرومانى سنة ١٩٢٢ ـ ١٩٢٣ (٥) كابتان ص ٣٦٥
(٦) responsabilité (٧) Loysel وهو انطوان لوازيل عاش من ١٥٣٦ الى ١٦١٧ وهو من مشاهير رجال القانون وضع الامثال القانونية المأثورة Maximes et Institutes coutumières التى نستعملها الى يومنا هذا وهى فى منتهى الايجاز مع المامها بالمعنى المقصود
(٨) à tout méfait n'échet qu'une amende

وفى القرن السابع عشر قرر المشترع الفرنسى المعروف دوما ما يأتى بالحرف الواحد : « جميع الخسائر والاضرار التى تنشأ عن عمل الانسان أو عن عدم الاحتياط والطيش أو عن الجهل بما تجب معرفته أو عن أى تقصير أو خطأ آخر يشابه ما تقدم مهما كان خفيفا : جميع الخسائر والاضرار هذه يجب اصلاحها بمعرفة من وقع من جانبه عدم الاحتياط أو التقصير أو الخطأ » ولأهمية هذا النص فى وضع المادة ١٣٨٢ الفرنسية وما لها من رد الفعل على المادة ١٥١ مصرى أهلى نرى ضرورة اثباته كما قرره دوما حرفاً بحرف[١]

وكأننا نلمس باليد أن نص دوما هذا هو الذي نقلته المادتان ١٣٨٢ و ١٣٨٣ الفرنسيتان ، والمادة ٢١٣ مدنى مصرى مختلط (مع شيء كثير من التشويه كما لاحظنا) والمادة ١٥١ فقرة أولى وثانية (مع ملاحظة التشويه الخاص بالفقرة الثانية المنقولة عن المادة ٢١٣ مدنى مختلط)

٤ — المسئولية في العصر الحاضر

١ — نظرية التقصير أو الخطأ

٧٤٨ ـ مما مر يرى أن أصل المسئولية فى القانون الفرنسى هو التقصير أو الخطأ[٢] أى كل عمل غير مشروع[٣] أى أنه يجب على من يطالب بالتعويض أن يقيم الدليل على حصول تقصير من جانب المدعى عليه فاذا تعذر عليه اثبات ذلك أو استحال فلا مسئولية البتة لأن المفروض وقتئذ أن الضرر نشئ إما عن استعمال صاحب الحق حقه استعمالا مشروعا وإما عن حادث جبرى[٤] أو قوة قاهرة[٥] واما عن فعل المصاب نفسه كأن يكون هو الذى تسبب وحده فى الضرر الذى أصابه أو اشترك فى الخطأ مع آخر . وفى هذه الحالة الاخيرة المسماة بالتقصير أو الخطأ المشترك[٦] يقدر

---

(١) قال دوما : "Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légéreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu."

(٢) faute (٣) acte illicite أو acte coupable (٤) cas fortuit

(٥) force majeure (٦) faute commune

التعويض تقديراً يلاحظ فيه مبلغ ما وقع من التقصير من جانب المجنى عليه بحيث لا يقضى له بكل المقابل للضرر بل يستنزل منه نصيبه هو فيه باعتباره شريكا فى التقصير أو الخطأ .

٧٤٩ — هذا ولا تنصرف كلمة التقصير أو الخطأ الى العمل الخاص بالانسان نفسه بل قد تنصرف الى ما يقع أيضا من أنواع التقصير أو الخطأ المنسوب إما الى أشخاص تحت رعايته والى أشياء جامدة تحت يده منقولات كانت أو مبانى أو حيوانات إذ فى هذه الاحوال لا يعتبر الضرر واقعا منه مباشرة بل واقعا من الغير . فسائق السيارة الذى يدوس ماراً فى الطريق والعامل الذى يضرب الغير وهو فى خدمة مخدومه والكلب الذى يعض أحد المارين والعمارة التى تسقط على ساكنيها : هذه الاضرار جميعها حدثت بالفعل المباشر من قبل السائق والعامل والكلب والعمارة. ولكن لما كان المتسبب فى الضرر هو تحت إشراف الغير ، الذى له حق الرقابة و الرعاية عليه ، أصبح المسئولَ أمام المجنى عليه شخصان : المتسبب في الضرر المباشر إن كان إنساناً ، والمشرف على المتسبب سواء كان هذا الاخير انساناً أو شيئا منقولا ، أو عقاراً ، أو حيواناً. والشخص الثانى المسئول هو من له حق الرعاية . ولكن ماهو أصل مسئوليته ؟ هل ترجع المسئولية إلى مجرد حدوث الضرر أم لا بد من إثبات تقصير أو خطأ حصل منه ؟ إن القول بمسئوليته لمجرد حصول الضرر لا يؤبه له إذا أخذ على اطلاقه. بل لا بد فى تقرير مسئوليته الى الرجوع الى مصدر قانونى يعتبر منبتا لهذه المسئولية . هذا المصدر إما أن يكون التقصير وإما الخطر المستحدث [١]

٧٥٠ — فاما التقصير فهو ما نسب الى المشرف من عدم القيام بواجب الملاحظة والرعاية [٢] ، أى بعدم ملاحظة من وكل اليه أمر الرقابة عليهم ، أو ما نسب اليه من التقصير في اختيار عامليه وخادميه وهو ما يسمى بسوء الاختيار [٣] . هذا التقصير فى الرقابة وفي الاختيار قد افترض الشارع وجوده سواء كان الشارع الفرنسى بالمواد ١٣٨٤ — ١٣٨٦ أو الشارع المصرى للمختلط بالمواد ٢١٣ — ٢١٥ أو الشارع الاهلى

(١) risque créé (٢) défaut de surveillance ou d'entretien أى culpa in vigilando (٣) choix défectueux أى culpa in eligendo

بالمواد ١٥١ ـ ١٥٣ .تقول افترض وجوده أي جعله قرينة من القرائن القانونية [١] أي انه اعتبر التقصير قائما مبدئيا من جانب الاصيل فلا يلزم حينئذ الشخص المضار باقامة الدليل على هذا التقصير . وما هي الحكمة من هذا الافتراض ؟ أليس فيه ما يذهب بالقواعد العامة المتعلقة بالاثبات من حيث ان الاثبات يلزم به من ادعى ؟ الحكمة عملية أكثر منها قانونية لأن المجني عليه في مثل هذه الحوادث المتقدمة قد يصعب عليه اقامة الدليل على هذا التقصير ، الامر الذى يذهب بحقه فلا يقضى له بتعويض. ولكن من طريق آخر أباح الشارع جواز اقامة الدليل العكسى من جانب الاصيل بنفى المسئولية عنه واثبات أن لاتقصير من جانبه وان الحادث وقع اما بسبب جبرى أو قهرى ، أو بفعل المجنى عليه نفسه . ولذلك قلنا ان التقصير يعتبر قائما « مبدئيا » فقط

ولكن هناك أحوال خاصة لم يبح فيها القانون اقامة هذا الدليل العكسى كما يلاحظ في المادة ١٣٨٤ بالفقرة الاولى بالعبارة الخاصة بالاشياء الموجودة فى حيازة الانسان والمادة ١٣٨٦ الخاصة بالمبانى . وهاتان المادتان لا شبيه لها بالقانون المصرى مختلطا كان أو أهليا .ولكن عدم ورودهما انما جاء من طريق الاختزال والايجاز وهو ما كان يلجأ اليه الشارع المصرى فى كثير من الأحوال

٧٥١ — وأما المصدر الثانى فهو الخطر المستحدث (ن٧٤٩) [٢] أو المسئولية الشيئية [٣] كما سنشرحه فيما بعد من طريق الرجوع الى المادتين ١٣٨٤ و ١٣٨٦ الفرنسيتين أو الى الاصول العامة التى يجب في تقريرها من الوجهة القانونية الرجوع الى الضرورات الاجتماعية وتفاعل نواميس العمران ، تلك الضرورات التى لم يتركها القضاء الفرنسي والقضاء هو المسرح العملي للقانون، دون أن يمنحها نصيبها من العناية تحت تأثير نظريات المفسرين وعلى رأسهم سالى وجوسران [٤] وعلى ضوء المستحدثات الحيوية التى تخلقها حركة التطور العالمى المستمر

---

(١) présomption (٢) risque créé (٣) responsabilité objective

(٤) Saleilles , Josserand

ب ـ فى نظرية المسئولية الشيئية

§ ١ — كلمة عامة

٧٥٢ — يراد بالمسئولية الشيئية [1] المسئولية التى يتحمل بها الشخص المالك للشىء دون أن يلزم طالب التعويض باقامة الدليل على حصول تقصير أو خطأ من جانب المدعى عليه ، بل يكفيه اثبات الضرر وانه آت فقط من جانب الشىء المذكور. ونظرية المسئولية الشيئية هذه تتعارض كل المعارضة مع نظرية المسئولية الناشئة عن التقصير أو الخطأ [2] والتى يتحتم فيها ضرورة اثبات حصول تقصير أو خطأ [3] من جانب المسئول . بحيث اذا استحال على مدعى التعويض اقامة الدليل على حصول التقصير أو الخطأ فلا يقضى له بتعويض ما

٧٥٣ — وللنظريتين أنصار عديدون . وكانت نظرية المسئولية التقصيرية هى النظرية الاولى التى قال بها مفسرو القانون الفرنسى عقب وضعه سنة ١٨٠٤ ورجعوا فى تقريرها الى المواد ١٣٨٢ — ١٣٨٦ وإلى ماقال به المؤلفون الفرنسيون قبل سنة ١٨٠٤. ولكن لما تغيرت الحياة الاقتصادية وكثرت الاموال بين أيدى كبار المتمولين وقلت بالمرة الى حد الاعسار لدى طائفة العمال العاملين ليل نهار ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، لما كثرت الآلات البخاريه فى المصانع والمعامل وارتقت الصناعات ذلك الترقى المدهش كثرت اصابات العمال بسبب تعدد الآلات وتعدد الاعمال المختلفة . فاذا أصيب العامل بضرر أثناء العمل وطالب بتعويض وجب عليه طبقا لنظرية المسئولية التقصيرية أن يقيم الدليل على حصول تقصير أو خطأ من جانب رب المصنع . وفى الغالب قد يستحيل عليه اثبات التقصير إما لاسباب مادية وإما لاسباب أدبية. وبذلك ترفض دعواه فى التعويض . لذلك فكر عدد غير قليل من كبار المؤلفين فى تقرير النظرية الجديدة وهى القائلة بالمسئولية الشيئية التى لا تشترط تقصيراً بل تشترط حصول الضرر فقط . ورجعوا فى تقريرها الى مصادر تشريعية وهى المواد ١٣٨٢ — ١٣٨٦ اذ فسروا هذه المواد تفسيراً مقرراً لنظريتهم مستمينين فى ذلك

(١) Responsabilité objective (٢) responsabilité délictuelle (٣) faute

ببعض أقوال المقررين فى المجالس التشريعية التى انعقدت لوضع قانون نابوليون واستعانوا أيضاً بمبدأ حديث هو أثر من آثار التقدم الحيوى العالمى فى عالم الصناعة وهو مبدأ الخطر المستحدث [١] أى أن من يوجد عملا يترتب عليه حتما اضرار بالغير بجانب المكاسب العظيمة التى يجنيها من وراء عمله وجب عليه أن يتحمل بالخسائر كما يستفيد من المكاسب ، أى يكون عليه من المغارم بقدر ماله من المغانم « الغرم بالغنم » وقد شاعت هذه النظرية وراجت وقال بها المفسرون بفرنسا وبلجيكا ثم تأثر بها القضاء فى هذين البلدين وانتهى الامر بوضع قانون خاص سنة ١٨٩٨ فى فرنسا قرر بعبارة صريحة نظرية مخاطر الصناعة أو الحرفة ولا زال القضاء يأخذ بها فى كثير من المواطن فى غير أحوال حوادث العمل [٢]

٧٥٤ — ومن أنصار هـذه النظرية الهامة الاستاذ المعروف سالى [٣] وجوسران [٤] ولهما رسالتان فيها كانت لهما شهرة طبقت العالم العلمى القانونى ولا زالنا حائزتين لهذه الشهرة الذائعة مع انهما مكتوبتان قبل سنة ١٨٩٨ أى قبل سن قانون حوادث العمل . ولقد ظل جوسران يكتب فى هذه النظرية بعد سنة ١٨٩٨ مقالات عديدة تعليقا على أحكام القضاء الفرنسى فى غير الاحوال الخاصة بحوادث العمـل

٧٥٥ — أما القضاء المصري فانه مع الاسف الزائد لم يشأ أن يأخذ بنظرية المسئولية الشيئية أو المسئولية الناشئة عن الخطر المستحدث وأظهر في مواطن عدة من أحكامه عنادا غريبا وتمسكا لم يشأ معه ان يلين مع مرونة النواميس الاجتماعية والتطورات الاقتصادية . الا أنه كان فى بعض الاحوال وهو تحت سلطان التأثر بالوقائع الخاصة بالدعاوي ، يميل الى نظرية المسئولية الشيئية ويجنح الى الأخذ بها لا باعتبار أنها هى نظرية المسئولية الشيئية بل باعتبارها نظرية المسئولية التقصيرية اذ يفترض حصول التقصير من جانب المسئول باعتبار انه ملزم بالقيـام بواجبات خاصة نحو العمال تحتمها طبيعة العمل [٥] وما دام ان رب العمـل مثقلا

(١) risque créé (٢) accidents de travail (٣) R. Saleilles (٤) Josserand

(٥) وهذا يحكي تقريبا الحيل القانونية التى استخدمها Sauzel بفرنسا و Sainctelette ببلجيكا عند ما اشترطا على رب العمل ان يرد العامل سليما الى نفسه كما استلمه سليما

بالواجبات وقد حصل الضرر فالمفروض أن التقصير واقع منه الا اذا أقام رب العمل الدليل على انتفاء التقصير من جانبه. وهذا الاسلوب في التحرر قليلا من قيود المسئولية التقصيرية القاسية والتقرب شيئا فشيئاً من عدل نظرية المسئولية الشيئية يبشر بقرب العهد الذى ربما يأخذ فيه القضاء المصرى بهذه النظرية الاخيرة كما يقررها الآن القضاء الفرنسى أكثر من مرة فى غير الاحوال الخاصة بحوادث العمل . وربما يساعد على ذلك تطور مصر فى الوقت الحاضر من الوجهة الاقتصادية . وسنبين الاحوال العملية أمام القضاء وهى الاحوال التى أخذت فيها هذه النظرية دورها في التطور العلمى

§ ٢ ـ مصدر المسئولية الشيئيه

عند الرومان

٧٥٦ — إن أساس هذه النظرية هو عدم ضرورة اثبات التقصير من جانب المسئول وبها يمكن اعتبار كل شخص مسئولا عن جميع الاضرار الناشئة عن اعماله وما على طالب التعويض الا أن يقيم الدليل على حصول الضرر وعلى أن الضرر ناشىء عن عمل المسئول عنه . أي انه يجب على كل شخص ان يتحمل الاضرار الناشئة عن اعماله[١] أى مخاطر أعماله سواء أكان عمله هذا تقصيريا[٢] أم غير تقصيرى وعلى ذلك تحل كلمة مخاطر[٣] محل كلمة خطأ أو تقصير[٤] أى يحل الخطر المستحدث محل التقصير أو الخطأ

ويقول أصحاب نظرية المسئولية الشيئية بان هذه النظرية آتية من جانب القانون الرومانى . وهم لا شك صادقون فيما يقررونه بشأن هذا التعليل التاريخى الهام . قالوا :

إن نظرية المسئولية الشيئية تعتبر نصراً كبيراً في عالم القانون ورقيا عظيما للمبادىء القانونية القديمة الخاصة بالحق المطلق فى الاخذ بالثار[٥] . وكان الرجل في العصور الاولى لا يعبأ مطلقا بما اذا كان الذى أصابه بجرح يعى ما يفعل و يدرك ما يحدث منه أم لا ، بل كان الالهام الطبيعى يسوقه قسراً عنه ، بلا وعى ولا امعان نظر ، الى أن يثأر لنفسه في الحال عن كل تعد يصيبه فى شخصه أو فى ماله . فكان يضرب من

(١) le risque de ses actes (٢) acte fautif (٣) risque (٤) faute
(٥) droit de vengeance

يضربه حتى ولو كان الضارب طفلا أو مجنونا أو حيوانا أو شيئا ماديا . ومن هنا يظهر أنه قد نشأت نظرية دعاوى التخلى الجنائى [١] وهى الدعاوى التى اريد بها أولا وفى العصور الاولى ، كما حققه العالم الالمانى المعروف اهرنج [٢]، ضرورة التخلى حتما عن المتسبب فى الضرر [٣] (وفيما بعد ذلك تقرر اعتبار امر التخلى هذا غير حتمى) عبداً كان أو حيوانا أو شيئا ، وتسليمه الى المجنى عليه حتى يتمكن هذا الاخير من التشفى من فريسته بتوقيع عقوبة الاخذ بالثار عليه . ومن هنا ظهرت هذه الخصيصة الهامة فى القانون الرومانى القديم وهى أنه لا يعبأ مطلقا بحسن نية المتهم المنسوب اليه العمل المعاقب عليه أو سوء نيته . ولذلك كانت دعوى تسليم المتسبب فى السرقة [٤] تبيح الحكم على المتسبب فى الضرر هذا حتى لو كان غير مدرك لما يعمله ، بعقوبة تساوى ثلاثة أضعاف قيمة الشىء المسروق [٥]

وبعد مرور أزمان طويلة أخذ القانون يتقدم شيئا فشيئا وأخذ يعمل على الاخذ بنظرية السببية الداخلية [٦] للعمل الضار [٧] اذ اخذت نظرية التقصير [٨] تنمو وتظهر فى طريق التعيين والتحديد . وكان القانون الرومانى فى آخر عهده يخلط بين العقوبة [٩] والتعويض [١٠] ويعتبر مبدأ التعويض كمبدأ العقوبة وكان الفاعل لجريمة خاصة [١١] لا توقع عليه العقوبة الا اذا كان مجرما بالمعنى الصحيح [١٢] أى اذا كان قد ارتكب خطأ أى تقصيراً [١٣] وفكرة التقصير هذه فى حالة الجريمة الخاصة المعاقب عليها هى التى ظلت قائمة وموجودة فى القوانين الحاضرة

§ ٣ — المسئولية الشيئية والاعتبارات العصرية

٧٥٧ — قلنا إن فكرة الخطأ أو التقصير فى حالة الجريمة المعاقب عليها فى الازمان السابقة هى التى ظلت قائمة وموجودة فى القوانين الحاضرة

(١) les actions noxales (٢) Ihering (٣) auteur du dommage
(٤) action furti oblati وكلمة oblati تعنى قدم أو عرض أو دفع وكلمة furti مشتقة من furtum أى السرقة (٥) la peine du tripte (٦) causalité interne (٧) fait dommageable (٨) faute (١) peine (١٠) réparation (١١) délit privé (١٢) coupable (١٣) faute

ولكن يسارع أنصار نظرية المسئولية الشيئية الى ملاحظة أن الشرائع الحاضرة أخذت بنظرية التقصير أو الخطأ بطريقة تخالف الطريقة التى كانت معروفة عند الرومان . وذلك انه يلاحظ أولا في الشرائع الحاضرة ان القانون المدنى أصبح منفصلا عن القانون الجنائى تمام الانفصال . وقد زالت العقوبة الخاصة[1] وعفا أثرها وقد أخذ الانسان نفسه ينسحب شيئاً فشيئا من مجال القانون الاقتصادى الخاص[2] ذلك القانون الذى أصبح يعالج المسائل الاقتصادية وروابط الناس بعضهم مع البعض لا باعتبار الانسان أزاء الانسان بل باعتبار المال ازاء المال ، أى أن الانسان الذى كان واسطة بين المالين قد انزوى جانبا ولم يبق الا المالان ، فيؤخذ من هذا المال لسد النقص فى المال الآخر بعد صرف النظر عن نفسانيات هذا الانسان . وأما بقاء الاسماء الرومانية القديمة في الوقت الحاضر وهى الجنحة وشبه الجنحة فانه يشهد ببقاء المبادئ القديمة . ان لم تكن هذه الاسماء قد انصرفت فى الحقيقة والواقع فى الوقت الحاضر الى معان أخرى . ذلك لأنه فى الوقت الحاضر اذا وقع حادث وتسبب عنه ضرر فانه يحصل التساؤل الآتى : ما الذى يتحمل بالخسارة الناشئة عن الحادث هل هو مال المجني عليه او مال المتسبب فى الضرر ؟ اما الجواب على هذا السؤال فانه لا يحتمل أدنى شك : اذ الذى يتحمل بالخسارة هو مال المتسبب فى الضرر[3] ذلك لانه من بين الشخصين الضار والمضرور ، لابد وأن يكون أحدهما قد كان لا يستطيع منع الضرر عن نزوله به : هذا الشخص هو المجني عليه . وأما المتسبب فى الضرر فانه هو الذى كان في استطاعته أن يمنع الضرر بان يمتنع هو عن العمل الذى تسبب عنه الضرر . ومن بين هذين الشخصين أيضا يوجد واحد منهما وهو المجنى عليه وهو الذى لا يجني ثمرة ما من العمل المستثمر[4] واما الآخر وهو صاحب العمل الضار فانه هو الذى يستفيد وحده من هذا العمل ويستأثر بمنافعه ، لذلك كان من العدالة أن يتحمل صاحب العمل الضار الاضرار التى تنتج من عمله بان يدفع تعويضا لمن اصابه الضرر ، وبعبارة أخرى يجب تقرير هذه القاعدة الهامة وهى « المخاطر على من عمل » أو من

(١) peine privée (٢) Droit privé économique (٣) agent du préjudice
(٤) entreprise أو activité

يعمل عملية مخاطر عمله [1] اى انه يجب في عالم القانون الحاضر عدم الأخذ مطلقا بنظرية التقصير أو الخطأ وهى النظرية التى علقت محل توقيع العقوبة [2] وبهذه الكيفية تتحقق عبارة « اهرنج » وهى أن تاريخ نظرية التقصير أو الخطأ لم يخرج عن كونه مجرد بيان تاريخى للادوار التى زالت فيها فكرة التقصير شيئا فشيئا [3]

ولذا فكر انصار المسئولية الشيئية في وضع نص يشبه تماما نص المادة ١٣٨٢ المقابلة للمادة ١٥١ فقرة أولى مدنى اهلى ويريدون أن يأخذ به الشارع عند ما يعمل على تعديل قانونه . هذا النص الحديد هو كما قلنا نفس النص المعروف ، ما عدا عبارة « بتقصيره [4] » التى وردت بالمادة ١٣٨٢ وبالمادة ١٥١ مدنى مصرى للنسخة الفرنسية والتى لم تظهر بالنسخة العربية : إذ من رأى انصار المسئولية الشيئية استبدال هذه العبارة بعبارة « بعمله [5] » وفى الواقع فانهم يفسرون عبارة « بتقصيره » بمعنى « بعمله » تأييداً لمذهبهم [6]

* * *

هذه هى الاعتبارات التاريخية الرومانية وغير الرومانية والاعتبارات الاقتصادية والقانونية التى روعيت فى تقرير نظرية المسئولية الشيئية

ولننظر الآن فى آثار هذه النظرية فى التشريع والفقه والقضاء

§ ٤) آثار نظرية المسئولية الشيئية

فى عالم التشريع

٧٥٨ — كان لنمو الصناعات الكبرى [7] وشيوع الآلات البخارية والكهربائية [8] أثر فى تقرير قواعد قانونية مخالفة لما كان يمكن الجمود عليه فى تفسير المواد ١٣٨٢ — ١٣٨٦ تفسيراً يرجع لنظرية المسئولية المبنية على اثبات التقصير أو الخطأ . لأن من شأن الحالة الاقتصادية الجديدة أن تحدث تغييرا حتما فى المبادىء القانونية المقررة قديما . ذلك لان الاصل فى القانون أنه خضع لنواميس الحياة وليست الحياة هى الخاضعة

(1) quiconque agit doit subir les risques de son acte (2) pénalité
(3) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٦٨ (4) par la faute (5) par le fait
(6) ميشو Michoud فى الشخصية المعنوية ج ٢ ص ٤١٢ ن ٢٩٦ (7) grande industrie
(8) machinisme

للقانون وهذا يؤكد ما قاله « بورتاليس [١] » من أن القوانين شرعت للانسان ولم يخلق الانسان للقانون . وكان من شأن الحالة الاقتصادية الجديدة وظهور « العامل » فيها بمظهر الضعيف أمام « المتمول » الكبير انه قد استحال على هذا العامل أمر الحصول على تعويض نظير ما يصاب به من الاضرار أثناء عمله أو لمناسبة عمله . لذا ظهرت حركة تشريعية عامة فى العالم المتمدين قررت المسئولية القانونية البحتة [٢] أى المسئولية الشيئية دون النظر الى ضرورة اثبات التقصير مطلقا [٣] . وعلى هذا الاعتبار ظهرت من الوجهة التشريعية نظرية المخاطر [٤] ، أي ان من يعمل عملا ذا منفعة له فعليه مخاطره ، أى من يغنم فعليه غرم ما يغنمه، باعتبار ان اصابة العامل لم تخرج عن كونها كاصابة للآلة العاملة . فاذا أصيبت هذه أصلحت ، كذلك اذا أصيب العامل دفع له تعويض . بمعني أن التعويض يدخل ضمن تكاليف العمل . وقد أخذ فعلا بهذا الرأى فى البلاد المتمدينة الآن ومنها فرنسا بقانونها المعروف الصادر في ابريل سنة ١٨٩٨

§ ٥) نظرية المسئولية الشيئية فى عالم الفقه

٧٥٩ ــ رجع أنصار هذه المسئولية فى تقريرها الى المواد ١٣٨٢ ــ ١٣٨٦ بعد أن حللوا هذه المواد تحليلا دقيقا انتهوا منه بان المشرع نفسه سنة ١٨٠٤ قرر هو الآخر هذه النظرية واستندوا فى ذلك الى أن هذا الشارع قرر المسئولية القانونية أو المسئولية الشرعية [٥] دون اشتراط التقصير

عملوا على تفسير الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ الخاصة بمسئولية الشخص عن أعمال غيره الموكول أمره اليه وعن الاضرار الناتجة عن الاشياء الموجودة تحت حراسته . ثم فسروا المادة ١٣٨٥ الخاصة بملكية الحيوان بما يتفق مع هذا الرأى وربطوا المادة ١٣٨٦ الخاصة بملكية المبانى بالمادة ١٣٨٤ فقره أولى ، وقالوا بأن الشارع افترض حصول التقصير، أى أنه قال بالقرينة القانونية [٦] وأن القرينة القانونيه هذه تستحيل دائما أبداً

(١) Portalis (٢) responsabilité légale (٣) بمعنى ان القانون نفسه هو الذى يقول بها (٤) risque (٥) responsabilité légale (٦) présomption légale

إلى حقيقة واقعة لا إلى مجرد فرض ظنى من قبل الشارع . بمعنى أن الشارع افترض من قبيل الظن حصول تقصير فى المراقبة [١] أو تقصير في الاختيار [٢] وأن الموكول اليه الامر أصبح مسئولا بسبب افتراض هذا التقصير .وقد دل العمل على أن الافتراض الظنى هو في الغالب يكاد يكون دائما هو الحقيقة الواقعة والحاصل الصحيح .أى أنه يحكم فيه دائماً بالتعويض ولو أنه يباح له فى بعض الاحوال اقامة الدليل على أن لا تقصير من جانبه

٧٦٠ — واما عن المادة ١٣٨٢ فقد فسرها أنصار مذهب المسئولية الشيئية بقولهم ان صدر المادة القائل « بأن كل عمل للانسان مهما كان » [٣] يؤيد مذهبهم. نعم ولو أن كلمة تقصير او خطأ [٤] وردت بهذه المادة ومن شأن ورودها أن تلقى بعض الشك على متانة مذهبهم ، إلا أنهم يعللون ورودها بهذه المادة انها لم ترد على سبيل انها مصدر للالتزام بالتعويض بل وردت فقط لتدل على أن الذى يسأل بالتعويض هو ذلك الذى نسب اليه العمل الضار بالذات [٥] ويقولون فوق هذا بأن المادة ١٣٨٢ قد وردت بهذه الصيغة العامة حتى تضع حداً لذلك الجدل الطويل القديم الذي كان قائما لدى القانونيين قبل سنة ١٨٠٤ فيما يتعلق بمعرفة ماهى الاعمال التى تعتبر مصدراً للتعويض وما هى الاعمال التى لا تعتبر كذلك.وقالوا بأن صدر المادة [٦] جاء قاطعا في هذا الشأن وقرروا بأنه مادام المفسر مقيداً فى وضعه للمبادئ القانونية بنصوص القوانين المعمول بها [٧] فانه لاشية عليه فيما اذا عمل على تكوين مبدأ المسئولية الشيئية من نفس عبارة المادة ١٣٨٢

٧٦١ — هذا هو موجز الحركة العلمية لانصار نظرية المسئولية الشيئية . ونرى الآن ضرورة الالمام بالتعليلات العلمية التى رجعوا اليها ومبلغ ما عانوه فى ربط المواد القانونية بعضها بالبعض ثم دعمها بالاعتبارات الحيوية التى جدت بعد وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤

وكان لجوسران وسالى القدم الثابتة فى تقرير هذه النظرية بما أفاضا فيه من

---

(١) in vigilando (٢) in eligendo (٣) tout fait quelconque (٤) faute
(٥) de l'indemnité inputabilité (٦) القائل tout fait quelconque (٧) loi positive

التعليقات الهامة على الاحكام الخاصة بنظرية المسئولية بسبب الأشياء الجامدة ، وقد وضعا رسالتين هامتين سنة ١٨٩٧ (١) وضع جوسران رسالته قبل سالى فألم الأول بشأنها وناقش زميله في آرائه التي تبينت من مقالاته . ثم وضع الثاني رسالة بعده. فجاءت الرسالتان محكمتين وهما بالنسبة لمصر من أكبر المراجع الهامة في تقرير نظرية المسئولية الشيئية ما دام أنه لا يوجد بمصر تشريع خاص للعمال يقرر لهم أصولا وقواعد تتعلق بمخاطر الحرفة (٢)

على أن أصحاب هذا المذهب لم يقرروا مذهب المسئولية الشيئية على اطلاقه بل وضعوا له حدوداً وعينوا له مناطق اذا خرج عنها وجب عدم الاخذ بها

٧٦٢ — وبيان ذلك : قال القضاء الفرنسي بالمسئولية التقصيرية أي المبنية على ثبوت الخطأ حتى سنة ١٨٧٠ أي بالمسئولية الاجنبيـة عن التعاقد (٣) وأيده في ذلك دمولومب (٤) ولكن أخذ القضاء الفرنسي في سنة ١٨٧٧ يعالج هذه النظرية من طريق تحويل العبء في الاثبات وتسهيله على المجني عليه في الحادث (س ٨٧ ، ١ ، ٢١٢)

٧٦٣ — ثم جاء سوزيه وسانكتليت (٥) وتوسعا في الاخـذ بالمسئولية التعاقـدية (٦) . وقال هذا المذهب بأن أمين النقل في نقله للمسافرين لا يلتزم فقط بتوصيل المسافر الى محطة الوصول بل بتسليمه اليها سليما . وقياساً على ذلك يجب ان يحصل مثله بالنسبة للعامل ورب العمل لان هذا الاخير في تعاقده مع العامل

---

(١) Saleilles — les accidents de travail et la responsabilité civile . — Josserand, responsabilité du fait des choses inanimées . وهناك كتاب هام في المسئولية من الوجهة العامة قد احاط بشتاتها من كل جانب لا بد من مراجعته ايضا . Sourdat, traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, 6me édition, 1911, 2 volumes. وراجع ايضا كتاب مجمع الضمانات تأليف ابي محمد بن غانم بن محمد البغدادي طبعة سنة ١٣٠٨ هـ

(٢) risque professionnel (٣) responsabilité extra-contractuelle (٤) Demolombe (٥) Sauzet و Sainctelette (٦) responsabilité contractuelle (Revue critique, 1883)

تعاقد ايجار فانه لا يلتزم فقط بدفع الاجرة للعامل بل يتعهد فوق ذلك بمنع كل خطر وضرر عن العامـل وباتخاذ الاحتياطات اللازمة في المحافظة على صحة العامل وعلى حياته . ويجب حينئذ على رب العمل ان يرد العامل لنفسه سليما كما استلمه سليما . فاذا اصيب العامل بضرر فلا يلزم الا باثبات الضرر فقط لا الخطأ . وأما رب العمل فيلزم بالتعويض طالما لم يثبت حصول حادث جبرى أو خطأ من العامل نفسه . وأخذ بهذا الرأى القضاء البلجيكى فيما يتعلق بتأجير العامل (س ، ٨٦ ، ٤ ، ٢٥ . — د ، ٨٦ ، ٢ ، ١٥٣) ثم عـدل عنه (س ، ٩٠ ، ٤ ، ١٧) فيما يتعلق بتأجير العامل ، وفيما يتعلق أيضا بنقل المسافرين ، قائلا بانه لا يمكن تشبيه المسافر بالبضاعة . وكانت حجة النيابة في دفاعها انه لا يليق بكرامة الانسان من حيث هو أن يشبه نفسه بالبضاعة

٧٦٤ — وأما في فرنسا فلم يأخذ بها القضاء الفرنسى [1] ولـكن رحب بهـا بعض فقهائه مثل لابيه وشوفو [2] ولـكن محكمة السين التجارية بباريس أخذت بها فى حالة نقل الاشخاص ثم عدلت عنها . وحجة العدول أنه من البعيد أن يكون التعاقد بين رب العمل والعامل قد انصرف الى حماية هذا الاخير لان ذلك لم يدر بخلدهما وقت التعاقد

وفى مصر أخذ بهذا المبدأ لاول مرة أمام القضاء الاهلى بحكم جزئى سنة ١٩٢٤ [3] إذ قرر أن مسئولية رب العمل مسئولية تعاقدية لا تقصيرية وان عبء الاثبات على هذا الاخير ، وانه لا يجوز القول بان العامل في قبوله للعمل فى عمل محفوف بالخطر قد رضى بتحمل الخطر وحده لان ذلك لم يكن محلاً للاخذ والرد فى الايجاب والقبول

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ فبراير سنة ١٩١٢ « جازيت ٢ ص ٨٧ — ٨٨ » بان قتل أحد الركاب على احدى بواخر شركة « المساجيرى ماريتيم » في عرض البحر لا يعتبر خطأ ناشئا عن التعاقد [4] ولـكن يعتبر جنحة مدنية وقد

---

(١) س ، ٩٠ ، ١ ، ٢٨٥ (٢) Labbé و Chauveau راجع كتاب جوسران فى المسئولية الناشئة عن الاشياء الجامدة سنة ١٨٩٧ ص ٢٧ هامش ١ (٣) محكمة البلان الجزئية فى ٢١ فبراير سنة ٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٦٨ عدد ٥٠٤ وهو حكم هام (٤) faute contractuelle

الثت بحكمها هذا حكم محكمة الاسكندرية التجارية الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩١١ الذى اعتبر عدم تسليم الراكب سالماً للاسكندرية خطأ تعاقديا [١]

٧٦٥ — على أن الشارحين لم يروا أن يتركوا هذا المذهب دون معالجته حتى يكون متفقا فى التشريع القانونى له مع الاصول القانونية :

٧٦٦ — ١) لم يشأ لابيه [٢] أن يقول بتشبيه المسافر بالبضاعة بل قال بانه يجب على رب العمل أن يثبت بان الادوات والآلات التى اشتغل بها العامل كانت سليمة . وان هذا الالتزام إنما يرجع للعدالة . أى أنه يثبت حدوث حادث جبرى أو قهرى وهذا الحادث الذى ما كان فى استطاعته التنبؤ بوقوعه « جوسران ص ٣٢ — قرر القضاء المصرى بانه يجب على شركات السكة الحديدية التى احتكرت النقل أن تعمل بحيث يطمئن المسافرون على أرواحهم وان تجرى من الرقابة بما يحول دون وقوع حوادث مزعجة ومفجعة . وهى لذلك مسئولة عن الحوادث التى تقع أثناء سير القطارات إلا اذا ثبتت القوة القاهرة أو الحوادث الجبرية [٣] وانها مكلفة بالمحافظة على أرواح المسافرين ولذا يجب عليها أن تعمل كل الاحتياطات لذلك والتى تستدعيها أعمالها [٤]

٧٦٧ — ٢) ثم جاء شوفجرين [٥] وقال بمذهب المسئولية التعاقدية ورجع فى تسويغها الى علة أخرى . وقال بان المادة ١٧٨٤ الفرنسية الخاصة بنقل الاشياء لا تسرى هنا . لان البضاعة لا تتحرك أثناء السفر بخلاف الانسان فانه يتحرك . ولذا ربما نشأ الضرر بحراكه هو بخلاف البضاعة فانها ان تلفت فالتلف طارىء عليها بفعل أجنبى

---

(٥) راجع الجازيت ١ ص ١٣٣ والتعليق عليه . وراجع تأثير هذا الحل على نقطة الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية فى كتاب القانون الدولى الخاص للدكتور ابو هيف بك بند ٣٣٨ ص ٣٧٢ فان اعتبار القتل خطأ مدنياً مستقلا عن العقد قد جعل المحاكم المصرية غير مختصة بنظر القضية لأن الحادث حصل خارجاً عن المياه المصرية ، بعكس ما اذا اعتبر خطأ تعاقدياً فان المحاكم المصرية تكون مختصة لان التسليم فى اسكندرية (٢) Labbé (٣) ١٤ يونيو سنة ٩٩ ، ١١ ، ٢٨٠ . ولا يعتبر قوة قاهرة خروج القطار عن الشريط لسبب تسرب مواشى على الخط الحديدى : ٢٠ ديسمبر سنة ٩٩، ١٢، ٥١ (٤) ٣٠ نوفمبر سنة ٩٠٤ ، ١٧، ٢٨ . وانه ليس من العدل أن تحمى المصلحة شخصاً يخطىء ويخالف لوائحها كأنه يسير فى طريق قد حظر المرور منه (الحكم المذكور) (٥) Chauvegrin

عنها . ولكن إن صح ذلك فى بعض الاحوال بالنسبة للمسافر فانه لا يصح فى الاحوال الاخرى وهى الاحوال التى يلعب فيها المسافر دوراً سلبياً كأن يحصل تصادم أو خروج عن شريط السكة الحديدية . إذ فى هذه الحالة يعتبر المسافر كطرد من الطرود المسافرة « جوسران ص ٣٥ » وعلى ذلك يجب الاخذ هنا بالمسئولية التعاقدية

٣) وقال أخيراً المشترع الكبير إسمان [1] بأنه يجب الاخذ هنا بالمادة ١٧٢١ مدنى فرنسى القائلة بأن المؤجر ضامن للمستأجر فى كل ما ينشأ عن العيوب اللاحقة بالشيء المؤجر . ومادام عقد الايجار بين رب العمل والعامل هو عقد ايجار تسلمت فيه أشياء من رب العمل الى العامل ، وكان هذا العقد خاضعا لقاعدة حسن النية للطرفين فانه يجب على رب العمل فى حالة اصابة العامل من هذه الآلات التى يشتغل بها أن يثبت بأنه لم يخالف واجب حسن النية الذى يتمشى على عقد الاجارة المذكور وانه اتخذ كل الاحتياطات اللازمة منعا لحدوث مثل هذه الاضرار

٧٦٨ — فى المذهب الاخذ بالمادة ١٣٨٦ الخاصة بالمبانى : تقرر هذه المادة بمسئولية مالك البناء عن الاضرار الناشئة عن تهدمه اذا حصل التهدم بسبب عدم الصيانة أو بسبب عيب فى البناء . وتعتبر المادة المذكورة مناقضة للمادة ١٣٨٢ فرنسى . وانه لا يشترط فيها اثبات التقصير ، وانها خاصة بالقرينة القانونية التى لا تقبل دليلا عكسيا تقريبا . كل ذلك فى دائرة التهدم الناشيء والناشيء فقط عن عدم الصيانة وعيب فى البناء . وأما عن الاحوال الاخرى فيؤخذ بالمادة ١٣٨٢ فرنسى . ولكن القائلين بالاخذ بالمادة ١٣٨٦ يقولون بأنه مما يتعارض مع المنطق أن تتقرر هذه المسئولية بلا اثبات خطأ فى العمارات دون الاشياء الجامدة الاخري . وان كلمة البناء الواردة بالمادة ١٣٨٦ لم ترد الا على سبيل التمثيل . قال بهذا المذهب دمولومب ولا رومبيير وقال بها أيضا لابيه . ثم أخذ بهذا الرأى القضاء الفرنسى فى حادث أصيب فيه عامل من جراء سقوط شجرة بشارع ومجاورة للعمارة التى يشتغل بها (جوسران

(1) Esmein

ص٤٦ و٤٧) وفى حادث وقع داخل مصنع بشأن آلة متينة بالارض. وقرر بان المادة ١٣٨٦ جاءت واردة على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر »

٧٦٩ — ولكن جوسران أخذ على هذه النظرية الاخيرة الآخذة بالمادة ١٣٨٦ المذكورة فى انما توسعت بحيث لا يجوز عدم التوسع . وأخذ فى ذلك برأى لوران . وقال بضرورة الاخذ بالمسئولية الشيئية

فى المسئولية الشيئية بحكم القانون نفسه — قال بها جوسران . وأركانها .
١) أن المدعى بالتعويض لا يلزم بثبات خطأ المالك — ٢) لا يفلت المالك من المسئولية عن الضرر الحاصل اذا حاول اثبات عدم وقوع خطأ او اهمال من جانبه — ٣) إن المسئولية المحمل بها هذا المالك اجنبية عن الخطأ وهى هى مسئولية يقررها القانون نفسه (جوسران ص ٧٤)

٧٧٠ — بمعنى أن الشارع نفسه هو الذى قرر مسئولية المالك. ورجع جوسران الى الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ القائلة بمسئولية مالك الاشياء عما يقع بسببها من الضرر . وكان السابقون على جوسران يقولون بالقرينة القانونية القاطعة [١] أى أن هنالك قرينة على وجود الخطأ ولا يباح للمدعى عليه حق اقامة الدليل العكسى، الامر الذى يفيد بأن أساس المسئولية هو الخطأ [٢] . ولكن جوسران يلاحظ بانه اذا فرض ووقع الحادث ولم يتبين مطلقا حدوث خطأ بالمرة فكيف القول بالقرينة القانونية القاطعة على حصول الخطأ حيث لا خطأ ؟ لذا هو يقول بان المسئولية الآتية من طريق القانون هى التزام قانونى قرره القانون بمحض رغبته

والالتزام هذا بالتعويض لم يسند الى خطأ مفروض لا يقبل الدليل العكسى، انما هو التزام قال به الشارع وقرره بمحض ارادته .والشارع وحده هو الذى يملك تقرير الالتزام دون الحاجة الى ان يرجع فيه لا الى عقد ولا الى جنحة .وعلى ذلك فالالتزام هذا التزام قال به القانون نفسه [٣] وليس بالالتزام التعاقدى [٤] ولا بالالتزام الجنائى [٥] وهما الالتزامان اللذان

(١) présomption légale irréfragable juris أى et de jure (٢) faute
(٣) obligation ex lege (٤) obligation contractuelle (٥) obligation délictuelle

يرجع أولهما الى تعقد بين المصاب وصاحب الشيء، وثانيهما الى الخطأ[1] الخص ونالقش جوسران لهذه المناسبة حكماً أصدرته محكمة الامبراطورية الالمانية وماقرره القاضى المقرر للدعوى من أنه لا يجوز مطلقا أن يقع الضرر على الغير من جراء شيء مملوك لصاحبه دون تحميل هذا الاخير بنتائج هذا الضرر (جوسران ص ١٠٠) وقرر الحكم المذكور أن وقوع الضرر بسبب الشيء يدل على وقوعه من جانب صاحبه بالذات . أى أن المالك مسئول لانه هو المالك . ولاحظ جوسران على أقوال الحكم وأقوال العضو المقرر بأنه اذا كان مالك الشيء هو المسئول فى النهاية فكأن ذلك يرجع للاخذ بنظرية المادة ١٣٨٢ فرنسى أى نظرية الخطأ ، وهو الامر الذى يراد الافلات منه . ويقول بأن الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ تقرر مسئولية المالك عن الاشياء الموجودة تحت رعايته ، وأن المادة ١٣٨٥ تقرر مسئولية مالك الحيوان او من ينتفع بالحيوان . وهذا التقرير من جانب الشارع فى المادتين ١٣٨٤ و ١٣٨٥ تقرير لا يتفق مع الحكم المذكور وتقرير القاضى المقرر . ويرى أن المسوغ لهاتين المادتين أو للمسئولية بسبب الاشياء الجامدة انما يرجع للعدالة (ص ١٠٣) ذلك لان رب المصنع انما يغنم من مصنعه فى أوقات الرواج فيجب عليه أن يغرم أيضا فى أيام الازمة ، كما لاحظ ذلك سالى [2] وهذا ما يسمى بمخاطر الحرفة[3] ويجب أن تدخل هذه المخاطر ضمن مصاريف العمل وأن تضم الى مبالغ الايجار والتأمين وغير ذلك . وهذا يدعو الى القول أيضاً بمسئولية رب العمل عن الحادث الجبرى [4] هذا ما يقوله سالى . ويلاحظ عليه جوسران أن هذه الاعتبارات لا تصدق الا على الصناعات والحرف داخل المعامل ولا تتمشى على الاحوال الاخرى الخارجة عن المعامل والمصانع كما اذا سقط شيء مثلا على مار فى الطريق . ويرى ضرورة تعميم النظرية وتركيزها على أساس عام . ولذا يقول بأن مسئولية المالك عن الاشياء الجامدة ترجع الى مخاطر الشيء ذاته [5] وهذا أعم من حصرها فى مخاطر الحرفة فقط [6] ويرى

(١) faute (٢) Saleilles (٣) risque professionnel (٤) cas fortuit

(٥) risque (٦) risque professionnel وقرر القضاء المصرى بانه اذا كانت الباخرة تعمل داخل الميناء مناورتها manœuvre فى الدخول والخروج واتلفت بواسطة هلبها aucre شيئا من الاشياء الغائصة فى الماء كانبوبة (ماسورة) موضوعة لاجل نقل الغاز من شاطىء لآخر ببور سعيد فانها لا تسأل عن الضرر امام الشركة صاحبة الانبوبة . لانه يجب ان يقال فى مثل هذه الحالة بان من يوجد عائقا داخل المياه المعدة لمرور البواخر فانه يضعه وهو مجازف وعلى ذلك يجب ان يتحمل هو بنفسه مسئولية عمله ازاء المناورات البحرية التى تقوم بها السفن : ٢ مارس سنة ١٩٢١، ٣٣، ١٩٣

الاستناد فى ذلك كله الى المادتين ١٣٨٤ و ١٣٨٥ . وعلى ذلك اذا داست عربة ماراً دون أن يكون هناك خطأ بالمرة فمن الذى يتحمل الضرر ؟ هل يتحمله المار وهو أجنبى بالمرة عن العربة ؟ أم يتحمله مالك العربة ولم يكن هناك خطأ من جانبه بالمرة ؟ يقول البعض بأنه لا يسأل أحد من الجانبين ما دام أنه لم يكن واحد منهما مخطئاً . وهذا تعليل غير صحيح . لانه اذا لم يسأل المالك عن الضرر فكأن الذى تحمله هو المصاب مع أنه من الواجب أن يتحمل الضرر مالك العربة . والا ذهبت خسارة المار بلاثمن (جوسران ص١٠٨) ذلك لان المار أجنبى عن العربة ، وحل به الضرر من مس العربة له . وهو ليس بمالك لها فكيف يتحمل اضرارها ؟ وعلى العكس من ذلك فان صاحب العربة هو مالكها وهو فى صلة متينة مع عربته واتصال دائم معها وهو الذى يستفيد منها فعليه أن يتحمل اضرارها أيضاً . واذا كان الشىء فى يده ويملكه فعليه تحمل ما ينشأ عنه نفعاً أو ضرراً وسواء كان النفع أو الضرر راجعاً الى حادث جبرى أم لا مادامت الصلة قائمة بينه وبين الشىء

٧٧١ — على ان أصحاب هذا المذهب لم يقرروا مذهب المسئولية الشيئية على اطلاقه بل وضعوا له حدوداً وعينوا له مناطق اذا خرج عنها وجب عدم الاخذ بها ذلك أنهم قرروا ضرورة التفرقة بين حالتين هامتين . الحادث الجبرى [1] والقوة القاهرة [2]

حالة الحادث الجبرى : قالوا بالمسئولية في حالة الحادث الجبرى . ويراد به ما يقع من الاضرار بسبب فعل الانسان نفسه بلا دخل للطبيعة فيه . فالحرائق التى تحدث للمحصولات من تطاير شرر من آلات القاطرة للقطارات تعتبر حوادث جبرية لانها غير ناتجة عن فعل الانسان مباشرة . ولا يمكن اعتبار مصلحة السكة الحديدية قد ارتكبت تقصيراً أى خطأ فى استخدامها للآلات القاطرة . ومع ذلك يجب اعتبارها مسئولة عن الحرائق هذه باعتبار انها نتجت بفعل ما تقوم به من الاستغلال لنفسها ، أى حادث ناشىء عن عملها بالذات . أى تسأل عما يصيب الغير من الضرر بسبب ما أنشأته هى وأحدثته لتستغله . وذلك لان الغير لم يصدر عنه ما

(١) cas fortuit (٢) force majeure

يجعله يتحمل وحده ما نزل به من الضرر. لان الضرر حادث عليه وهو آت له من الاجنبي الذى يعمل لنفسه ليستفيد. والاجنبي هذا هو صاحب أداة الاستغلال فعليه مخاطرها وما ينشأ عنها من الضرر فى ذاتها أو الضرر اللاحق للغير بسببها

حالة الحادث القهرى : يراد بالحادث القهرى ما ارتبط بالطبيعة ولا دخل للانسان فيه. فاذا قامت عاصفة واقتلعت المكان الذى يعمل فيه العمال فلا مسئولية على صاحب المكان لان الضرر لم يقع بفعله هو بل وقع بفعل الطبيعة وهى العاصفة وعلى ذلك فلا محل للاخذ في هذه الحالة بنظرية المسئولية الشيئية

§ ٦ — فى نقد نظرية المسئوليه الشيئية [1]

٧٧٢ — قال الناقدون وهم خصومها انها تتعارض مع النصوص القانونية ومع العدالة [2] والمصلحة العامة [3] وقد انحوا باللائمة عليها فى موضعين

٧٧٣ — اولا : فيما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن الاشياء او عن فعل الغير: قالوا إن القانون قال بافتراض التقصير في بعض الاحوال وقد أدى هذا الافتراض من الوجهة العملية أمام القضاء الى نفس النتائج التى ادت اليها نظرية المسئولية الشيئية ولكن لأجل القول بأن هذه الاحوال هى نفس المسئولية الشيئية تماما وسواء بسواء يجب ان يكون الشارع قد حظر على المسئول مدنياً حق الادلاء بالدليل العكسى فى انه لم يحصل تقصير من جهته. نعم ولو ان الشارع لم يبح في بعض الاحوال اقامة الدليل العكسى هذا الا انه أباح اقامة الدليل على عدم حصول التقصير فى الاحوال الاخرى الغالبة. اذ أباح للاب والام والمربى وصاحب الصنعة حق اقامة الدليل على أنهم لم يستطيعوا منع حدوث الحادث الذى وقع من الاولاد وصبية المدارس وصبية الصناعة (المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى)

والرد على ذلك ما تضمنه البيان الذى أوردناه بشأن تفسير الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ وربطها مع المادة ١٣٨٥. لأن الاولى قررت المسئولية لمجرد حيازة

(١) كابتان ص٣٦٧ وما بعدها ـ بلانيول : مقال هام منشور له بمجلة Revue critique سنة ٩٠٥ ص ٢٨٨ (٢) équité (٣) intérêt social

الأشياء الجامدة . وقررت الثانية المسئولية لمجرد حيازة الحيوان ملكا وانتفاعا . ولم يبح الشارع اقامة الدليل العكسى الا فى حالة الاب والأم والمربى وصاحب الصنعة . ولم يبح فى غير ذلك . وهو ما يدل على أن الاباحة يجب أن تحصر فى الدائرة التى تعينت لها ، ما دام القانون بعد أن ذكر أحوالا عدة أجاز فى البعض منها الدليل العكسى ولم يجزه فى البعض الآخر

٧٧٤ — وقال الناقدون بان المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى لم تقرر المسئولية الناشئة عن تهدم العمارة الا اذا كان التهدم ناشئاً عن عدم القيام بصيانتها أو لعيب شاب العمارة عند انشائها . وان هذه المادة على هذا الاعتبار ، أى وهى بتلك القيود لا تؤدى الى القول بنظرية المخاطر سواء كان الضرر ناشئاً عن عمل من الاعمال أو عن مجرد الملكية أى « مخاطر العمل ومخاطر الملكية »[1] لانه فى الواقع لا يفهم معنى لهذه التفرقة الآتية : اذا وقع حادث وأصيب منه شخص بسقوط منزل عليه وجب عليه اقامة الدليل على أن هذا السقوط هو نتيجة تهدم العمارة . وأن سبب التهدم هو اما عدم الصيانة واما عيب لاصق بالعمارة . فهو لا ينجح فى دعوى التعويض إلا بعد تحقق هذه الفروض . ولكن اذا حصل لهذا الشخص حادث آخر بسبب انفجار آلة بخارية فانه لا يلزم باثبات أى شىء خلاف الضرر وان هذا الضرر ناشئ عن الانفجار

والرد على ذلك ما قرره نفس جوسران فيما لاحظه هو على مذهب سالى الذى قال فقط بمخاطر الحرفة . ذلك أن جوسران قال بحق بان المسئولية يجب أن يؤخذ بها ليس فقط فى حالة مخاطر الحرفة بل يؤخذ بها فى كل حالة يملك فيها شيئاً جامداً . أى أنه قرر فى نظريته بالخطر المستحدث[2] ورجع فى تقريرها الى القرينة القانونية القاطعة التى لا تقبل دليلاً عكسياً ولاحظ بدقة ان هذه القرينة لا تستند الى نظرية الخطأ لانه لا يعقل الزام شخص بتعويض اذا ظهر بانه لا خطأ من جانبه بالمرة . بل لاحظ ان القرينة القانونية القاطعة هذه انما تقرر التزاماً بذمة صاحب الشىء . وهذا الالتزام قرره القانون بمحض رغبته

(١) risque d'activité و risque de propriété (٢) risque créé

والمسوغ القانوني لهذا الالتزام هو العدالة . وقد بين جوسران حكم الاخذ بالعدالة هنا . لانه لا بد في الحادث الضار الذي وقع بلا خطأ أن يتحمل واحد من الاثنين بالضرر فمن الذي يتحمله عدلا ؟ هل المار غير المالك للعربة والاجنبي عنها والذي لا تربطه بها صلة ما ، أم المالك الذي يملكها وينتفع بها ويركبها ويذهب بها جيئة ورواحاً ؟ ولماذا يستفيد من نفعها ولا يتحمل ضررها ؟ أليست هي له ، والمار أجنبي عنها وليست له.

٧٧٥ — وقال الناقدون بانه اذا رجع الى قانون حوادث العمل الصادر في ابريل سنة ١٨٩٨ بفرنسا فانه يلاحظ عليه هو الآخر بانه مع عدم اباحة الزام العامل المضار باقامة الدليل على حصول التقصير ، قرر التعويض جزافاً [١] أي تقريراً عاماً بحيث يكون التعويض دائماً أقل من قيمة اجرة العامل . وعلى ذلك يعتبر هذا القانون مسوئاً لحالة العامل لا محسناً لها فيما اذا قيل بان قانون نابليون أراد سنة ١٨٠٤ تقرير نظرية المسئولية الشيئية . فاذا حصل انفجار لآلة بخارية وأصاب عاملا بالمصنع وأجنبياً عنه جاز للاجنبي المطالبة بجميع التعويض ، بينما العامل لا يحصل الا على بعضه

وهذا النقد من خصوم النظرية لا يقدح فيها . لانه اذا قيل بنقص في قانون مخاطر الحرفة الصادر في ابريل سنة ١٨٩٨ فان ذلك النقص لا يرجع لنظرية المسئولية الشيئية بالذات انما يرجع الى الطريقة التي أتبعها الشارع في تقرير التعويض . أي يرجع النقص الى خطأ في تطبيق النظرية لا الى النظرية نفسها

٧٧٦ — ثانياً : فيما يتعلق باشتراط التقصير أو الخطأ في المادة ١٣٨٢ :

يقول خصوم نظرية المسئولية الشيئية بان كلمة « التقصير أو الخطأ [٢] » الواردة بالمادة ١٣٨٢ لم ترد على سبيل النص العرضي كما يقول أنصار المسئولية الشيئية ، بل وردت على سبيل الاصل باعتبارها مقررة لاصل من أصول المسئولية . على أنه لو فرض بانها وردت عرضاً فمن المجازفة القول بان للنصوص العرضية في عالم التشريع قيمة قانونية أقل من القيمة التي تتمتع بها النصوص الاصلية

ويرد على ذلك بان قول أنصار المسئولية الشيئية في أن الكلمة المذكورة لم ترد

---

(١) indemnité forfaitaire (٢) faute

بالمادة ١٣٨٢ الا لاجل تعيين الجهة المسئولة فقط (ن٧٥٩) قول رجع فيه الى اعتبارات تاريخية والى ما قام من الجدل فى الازمان السابقة بشأن تعيين المسئول فقط

٧٧٧ — ثالثاً : فيما يتعلق بتفسير المادة ١٣٨٢ ، تفسيراً اجتماعياً : يقول خصوم النظرية بان عدم اشتراط التقصير فى التعويض أمر يكون من نتائجه قتل النخوة الشخصية عند الافراد واماتة النزعة فيهم نحو العمل والنهوض نحو الكمال المبتغى لكل فرد يعمل ويكد فى الحياة : الامر الذى يقضى على مزية الاعتبار الشخصى [1] الذى راعاه قانون نابليون فى نصوصه . لانه اذا قيل بان الشخص يسأل عما يصيب الغير من الاضرار بسبب فعله المشروع ، أى فعل هذا الشخص ، كان في ذلك القضاء على كل عاطفة نحو العمل . نعم ولو ان توزيع الاضرار والمخاطر على الناس أمر مرغوب فيه من وجهة العدالة ، الا انه يجب أن لا يكون من شأنه الافتيات على حق الانتاج والمساس بمحصول العمل عند كل فرد يعمل ويكد .

قد يكون من المحتمل أن يدرك الانسان أن الشخص المالك للاشياء يعتبر مبدئياً [2] مسئولا عما يحصل عنها من الاضرار . ولكن هذا محله فيما اذا كانت هذه الاشياء خطرة بطبيعتها وانها تلحق الضرر بالغير . والتعليل فى تقرير هذه المسئولية الناشئة عن الاشياء الخطرة ان استخدام الاشياء الخطرة فى الأوساط الاجتماعية أمر يرجع لمحض رغبة صاحبها ، فان شاء استخدمها وان لم يشأ فلا . فاذا استخدمها وجب عليه تحمل الاضرار الناشئة عنها باعتبار ان الملكية تعتبر فى ذاتها كاحتكار للشخص يجب عليه أن يتحمل فيه خسائره بقدر ما يستفيد من منافعه

٧٧٨ — ولكن اذا قيل ذلك وكان حقاً فانه يجب عدم التوسع فيه والذهاب بعيداً والا اعتبر الشخص في حياته الاجتماعية بانه ملزم بالتأمين على حياة الجماهير [3] ضد النتائج الضارة التى تلحق الغير من جراء قيامه بالاعمال المشروعة حتى لو لم يثبت تقصير من جانبه . وهل فى مثل هـذه الحالة ينصح الرجل في الحياة بان يلزم السكون وان لا يعمل ؟ طبعاً لا بل يعتبر حق العمل فى الحياة بالنسبة له كالقوة القاهرة [4] أى

---

(١) conception individualiste

(٢) à priori

(٣) assureur public

(٤) force majeure

يعمل ولا يسأل عما يقع للغير من المضار من عمله المشروع، وتعتبر المضار فى هذه الحالة قهرية يتحملها من أصيب بها الا اذا ثبت التقصير، فانه فى هذه الحالة يجوز للشخص المضار حق المطالبة بتعويض

والرد على ذلك ظاهر من نفس النقد. لأنه ليس الغرض من تقرير المسئولية الشيئية قطع الطريق على العامل المجد الذي ينهب الارض نهباً فى سبيل تحصيل المال من كل جانب. انما اذا كان الشخص يعمل ويعمل بحق فى تحصيل المال ويكد ويتعب فأنه انما يتحمل فى سبيل ذلك مجهودات مختلفة الانواع متعددة الاشكال فهو يصرف وقتاً طويلا ويدفع من جيبه مالا، ويتعب ويمرض ويستريح ساعات فى اليوم ويوماً فى الاسبوع وأياماً فى السنة. ويخسر فى أعماله ويكسب فيها. فاذا كان هو الذى يستفيد خاصة من مكاسبه بالكلام والعمل، وهو الذى يتحمل خسائر البطالة فى اليوم والاسبوع والسنة، وبالمرض والخسائر التى وقعت عليه بالذات، فلماذا لا يتحمل هذا النوع من الخسائر التى تلحق الغير منه هو وبسببه هو. فاذا ركب عربته وانقلبت به وأصيب بضرر تحمل هو الضرر لانه وقع عليه بالذات والنفس. فلماذا لا يكون كذلك فيما اذا انقلبت العربة وأضرت بمار بريء؟ أليس صاحب العربة هو هو بعينه صاحبها اذا أصيب هو أو اذا أصيب الغير؟ فلماذا يتحمل فى الاولى بالضرر ولا يتحمل فى الثانية به؟ انه فى الاولى يتحمل لانه لا يستطيع مطالبة نفسه بتعويض. أو اذا صح القول فان دينه له قبل نفسه، والدين عليه قبل نفسه، دينان يتقابلان باتحاد الذمة. فكأنه جمع بين صفتى الدائن والمدين لنفسه وضد نفسه. أليس لهذه العدالة التى قال بها جوسران القول القاطع فى هذا التعليل العلمى فى تحميل صاحب الشيء باضرار الشيء؟ لانه لابد من أن أحد الاثنين يتحمل الضرر. فمن هو الاحق بتحمله، ومن هو الاحق بالافلات منه؟ أأجنبى عن الشيء ولا صلة له به، أم مالك الشيء والمتفع به والذى تعود عليه وحده دون الاجنبى فوائده؟ ان فى تحميل صاحب الشيء باضرار شيئه ليس من شأنه قتل النخوة عند أهل الجد والعمل والا اذا صح هذا القول لصح القول أيضاً ان فى تحمل أهل الجد والعمل نتائج البطالة والمرض قتلا لنخوة العمل! فهل قيل بذلك؟ وان كان لم يقل فلماذا يقال فى جانب دون الآخر والاصل واحد؟

رابعاً : ربما يستند المتصرون لمذهب المسئولية التقصيرية ، الى التعديل الجديد للفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ الحاصل بقانون ٧ نوفبر سنة ٩٢٢ ، ويدحضون به رأى أصحاب المسئولية الشيئية . كأن يقولوا مثلا ، ولم نر لهم هـذا القول بعد ، انما نقوله من طريق افتراض وقوعه ، وهم لاشك قائلون به غداً ، ان الشارع قد جاءوهدم القرينة القانونية الناطقة المستفادة منها هذه الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ . اذ قرر بهذا التعديل بان عبء الاثبات فى الخطأ عند حصول الحريق بعقار أو بمنقول فى حيازة الحائز ، يتحمل به مدعى التعويض . وانه اذا كان الشارع يريد حقيقة تقرير القرينة القانونية القاطعة التى يقول بها أنصار المسئولية الشيئية فقد قصم ظهرها بهذا التعديل بل لكان بالعكس يعمل فى تشريعاته على مايؤيدها لا مايناقضها

ولكن أنصار المسئولية الشيئية لا يعدمون دليلا ترد به هذه الحجة . اذ نرى فى التعديل ما يؤيد النظرية لا ما يدحضها . لانه لوكان الشارع يريد دحضها حقيقة لما كان يعمل على التشريع فيما يخالفها فى نوع واحد وصورة واحدة من صورها وأنواعها العديدة المختلفة بل كان يأتى بنص علم ينقض به القاعدة من أساسها . أما وقد شرع الاستثناء فقط فى حالة الحريق دون غيره فهذا يقطع فى انه أراد ابقاء القرينة القانونية القاطعة على ماهى عليه فى غير الحريق . وربما كان للشيئيين فى هذا الاستثناء دليل لهم لا عليهم لان التخصيص فى مكان التعميم فيه معنى صحة التعميم

§ ٧ — المسئولية الشيئية فى عالم القضاء

٧٧٩ — ان القضاء الفرنسى لم يقررها بطريقة عامة ولكن أخذ بها فى مواطن عدة وذلك بفضل اصرار رجال الفقه وما كانوا يعملون به من نشر مذاهبهم والافاضة فيها بما يتفق مع طبيعة الضروريات الاجتماعية الحديثة . وسنزيد القول جلاء عند ما نتكلم فيما بعد على نظرية المسئولية بالنسبة للأشياء الجامدة

٧٨٠ — وكذلك القضاء المصرى فانه لم يأخذ بها أيضا ولكن يسير فى طريق الاخذ بها عن بعد . وسنبين ذلك فى مكانه عند التكلم على الاضرار الناشئة عن الاشياء الجامدة ، وعند التكلم الان على نظرية مخاطر الحرفة (ن ٧٨٦)

§ ٨ المسئولية الشيئية والقانون المصرى

فى نظرية مخاطر الحرفة (١)

٧٨١ — رأينا ان النظرية الشيئية هى وليدة الحركة الاقتصادية العامة بالبلاد التى نمت فيها حركة الصناعة والتجارة وشاعت فيها الآلات البخارية والكهربائية بحيث أصبح من المتعذر ان لم يكن من المستحيل الاخذ بقاعدة المسئولية التى لا بد فيها من اثبات وجود خطأ أو تقصير. ورأينا كيف احتال رجال الفقه فى فرنسا وبلجيكا فى البحث عن مسوغ قانونى لها مستق من نفس مواد المسئولية. ولقد قامت الحركة الفقهية اولا بنقل عبء الاثبات على عاتق رب العمل من طريق جعل المسئولية مسئولية تعاقدية أساسها عقد العمل أو عقد ايجار الشخص باعتبار ان رب العمل استلم العامل سليما فيجب عليه ان يرده لنفسه سليما، أو باعتبار ان عقد الايجار هذا من العقود الحاضرة التى يجب فيها ان تشبع بحسن النية. بمعنى ان رب العمل مسئول فى حالة اجارة الاشخاص عن الاشياء التى يسلمها لهم للعمل بها. فاذا أصابهم ضرر رجع ذلك الى الاشياء والى خطأ رب العمل في أنه لم ينتق الاشياء التى لا ضرر فيها فهو مخطىء الا اذا أقام الدليل على ان الضرر وقع بحادث جبرى أو قهرى. ولما كان طريق الاثبات لديه عسراً فكان يلزم غالباً بالتعويض

٧٨٢ — ولكن جوسران رأى أن هذا الدور الاول في خلق النظرية وابرازها الى عالم القضاء والعمل دور محفوف بالمخاوف أيضاً. لان المسئولية التعاقدية هذه بين رب العمل والعامل لا بد فيها أيضاً من شرط الخطأ. وكل ما خولج فيها هو جعل الخطأ مفترضاً وجوده. فاذا ثبت عدم وجوده تحمل العامل في النهاية الضرر. لذا عمل جوسران على جعل المبدأ القائل بوجود قرينة على الخطأ، على جعله قرينة قانونية غير قابلة للدليل العكسى. أى لا يباح لرب العمل بإثبات عدم الخطأ من جانبه. ولكن لما لاحظ جوسران أن فى ذلك باباً مفتوحاً لنقد الناقدين باعتبار أن النظرية مع هذه القرينة القانونية غير القابلة للدليل العكسى، نظرية تستند أيضاً الى

(١) risque professionnel

الخطأ المفروض ، لما لاحظ ذلك ، أراد أن يوصد هذا الباب أيضاً ويسد المنافذ على الناقدين وعمل على جعل أساس النظر لا يستند الى الخطأ بل الى شيء آخر وهو قاعدة الغرم بالغنم . ولذا أصبحت هذه النظرية بفضل جوسران وسالى لا ترجع في أصولها التكوينية الى الخطأ بل الى مخاطر الشيء بالذات ، أى أن صاحب الشيء يغرم من الشيء بقدر ما يغنم منه . والاساس الاول للنظرية العدالة . إذ ليس من العدل في شيء أن ينتفع الانسان من ملكه بينما لا يتحمل اضرار ملكه . ويستأثر بالنفع ويحمل الغير الضرر

٧٨٣ ــ هذه النظرية نظرية المسئولية الشيئية في دورها الاخير هذا مع بيان أساسها العلمى فى الرجوع الى الغرم بالغنم والى العدلة والبداهة . هذه النظرية لم تجد لها سبيلا سهلا للدخول منه الى القانون المصرى تشريعاً وقضاء وفقهاً

ولكن لما كانت النواميس الطبيعية لا تقاوم وكانت الجماعات المصرية هى الاخرى سائرة فى طريق التطور والنمو أخذت الحركة القانونية بأشكالها المختلفة التشريعية والقضائية والفقهية تتأثر هى الاخرى بالرغم منها بهذا النمو الطبيعى القسرى . وقد بانت آثار هذا الأثر بالتشريع والقضاء والفقه

٧٨٤ ــ ***التشريع المصرى*** . إنه وان لم يوجد للآن قانون يحكي القانون الفرنسى الصادر فى ابريل سنة ١٨٩٨ الا أن الشارع المصرى لم يتعزل في صمته وسكوته الى حد الامتناع عن حماية الصناع والعمال في بعض المظاهر الحيوية الهامة . بل العكس ظاهر ، مثال ذلك :

١ ــ عمل الشارع المصرى على حماية صغار الاولاد الذين يشتغلون بوابورات حليج القطن فاصدر قانون ٤ يوليو سنة ٩٠٩ رقم ١٤ وصادق به على اللائحة الموضوعة لهذا الغرض[1] قضى بان لا يشتغل بوابورات الحليج من الاولاد من قل عمره عن تسع سنوات . وقضى بقيود أخرى تتعلق بنظام العمل وأوقات العمل فى الليل والنهار

(١) انظر القانون واللائحة مجموعة القوانين سنة ٩٠٩ ص ١٠٦ ـ ١٠٩ . ـ وانظر شرح هذا القانون وتلك اللائحة بكتاب الدكتور محمد سلطان Le problème de l'apprentisssae en Egypte et le rôle de l'enseignement technique, 1917. p. 143 et suiv.

وترتيب المراقبين للاولاد واعداد دفتر خاص لقيد الاصابات التى تحصل لهم وتنظيم الرقابة على نفاذ هذا القانون وتقرير عقوبات لمن خالف القانون من مديرى محلات الحليج واصحابها ، وجواز عقوبة والد الطفل ومراقبى الاولاد داخل معامل الحليج ، وتقرير عقوبات ادارية أيضاً داخل المعامل على مراقبى الاولاد فيما اذا تعددت مخالفاتهم بان يلزم صاحب معمل الحليج بفصلهم عن العمل. وأجاز القانون المصادق على اللائحة لوزير الداخلية العمل بها فى معامل أخرى غير معامل حليج القطن . ورغم ما فى هذا القانون ولائحته من النقص فى حماية العمال بما شرحه الدكتور محمد سلطان بكتابه المشار اليه فانه خطوة كبيرة فى سبيل تدخل الشارع فى حماية العمال بما يعتبر فى نظرنا تمهيداً لدخول نظرية المسئولية الشيئية فى القانون المصرى

٢ — لما قامت الحرب العالمية وتأثرت الشعوب من أهوالها وبلغتها دعوة ولسن وشروطه الاربعة عشر وصل صدى هـذه الحركة أيضاً الى مصر فقام العمال ينادون من كل ناحية بضرورة حمايتهم وضرورة تنظيم شئونهم . ولم تستطع الحكومة المصرية أن تظل ساكتة امام حركة عمرانية كبرى فعملت على التوفيق بين العمال وأرباب الاعمال واصدر مجلس الوزراء قراراً بتكوين لجنة سميت بلجنة التوفيق فى ١٨ اغسطس سنة ٩١٩ جاء فيه « وبما انه من الضرورى النظر فى الوسائل التى من شأنها ايجاد حل لما يقع من الخلاف بين اصحاب الاعمال وبين العمال ، وبما أن الحالة تدعو الى ايجاد هيئة خاصة تبحث بروح التوفيق والمصالحة فى كل خلاف من هذا القبيل الخ ...[1] »

٣ — صدر مرسوم ملكي فى ١٥ يونيو سنة ٩٢٢[2] قرر ضرورة اعطاء مرتب كامل للموظفين والمستخدمين الذين يصابون بجروح أو أمراض ناشئة عن تأدية وظيفتهم بالذات . وقرر هذا القانون بان وجهة نظره فى تقرير هذا المرتب الكامل انما هو العدل . فاباح منح اجازة مرضية لمدة ستة شهور على شرط أن لا تكون الاصابة بسبب خطأ أو اهمال الموظف وأجاز مدها الى ستة شهور أخرى أى يجوز

(١) راجع مجموعة القرارات والمنشورات سنة ٩١٩ ص ٦١ — انظر كتابنا فى المداينات أو الالتزامات ج ١ ص ٨٦ (٢) انظر مجموعة القوانين سنة ٩٢٢ ص ٦٣ وعرض على مجلس النواب المصرى اقتراح بتشكيل لجنة برلمانية بجانب اللجان الاخرى تسمى « لجنة العمال ». والاقتراح منظور على بساط البحث (جلسة ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤)

منح اجازة مرضية لمدة سنة كاملة يتقاضى فيها الموظف مرتبه كاملا . وفوق ذلك فانه يجوز لمجلس الوزراء مد السنة هذه لمدة ستة اشهر بلا مرتب ولا تحتسب هذه الاجازات على كل حال ضمن الاجازات المرضية المنصوص عنها بمرسوم ٢٩ ابريل سنة ١٨٩٥

الا يرى من هذا القانون الذى رجع الى العدل ان فى تقرير اجازة يبلغ حدها الاقصى ١٨ شهراً بمرتب كامل عن ١٢ شهراً وبلا مرتب عن ٦ أشهر في النهاية ، وفى تقرير ذلك لسبب الاصابات التى تحدث وقت القيام بالعمل وبلا خطأ واهمال الموظف — الا يرى فى ذلك كله أن هذا التشريع نواة حقيقية لنظرية المسئولية الشيئية التى يقول بها جوسران بوجه عام في الاشياء الجامدة ، ويقول بها سالى بوجه خاص فى مخاطر الحرفة ؟

٧٨٥ — **الفقه المصرى** : لم تمر نظرية المسئولية الشيئية حول البلاد المتمدينة دون أن يستفيد منها المشتغلون بالقانون فى مصر . اذ أخذوا يبينون منافعها من حيث أنها تتفق مع حالة اقتصادية جديدة وأخذوا يشرحون أصولها وأدوار تطورها فى البلاد الاجنبية الاخرى [١] ورأى بعض الباحثين فيها الاخذ بنظرية القرينة فى الخطأ [٢] ورأى البعض الآخر عدم الاخذ بها لعدم وجود قانون خاص بمصر [٣] ولكن وافق القضاء على ما انتهجه هذا الاخير من المناهج التى من شأنها أن تعمل على التخفيف من قسوة نظرية المسئولية التقصيرية [٤]

٧٨٦ — **القضاء المصرى** : لمحنا فى معرض القول عن نظرية المسئولية الشيئية أن القضاء المصرى لم يشأ الاخذ بهذه النظرية [٥] ولقد غلا القضاء فى عدم الاخذ

---

(١) Walton, le risque professionnel, étude de droit comparé, (Revue de l'Egypte contemporaine,) IV, 1915, p. 244-216

(٢) Abd El-Hamid Moustapha, de la faute objective comme fondement de la responsabilité civile et de sa preuve, etude de droit comparé et de droit égyptien (Egypte contemporaine, t. VI. 1913, p. 535-560) .

(٣) دى هلس ج ٤ ص ٥٢ ن ١٠٨ و ٥٥ ن ١١٣ ـ ١١٩

(٤) دى هلس ج ٤ ص ٥٢ ن ١٠٨ وص ٥٣ ن ١٠٩ ـ ١١٣

(٥) فقضى برفض التعويض اذا خالف الفرملجى garde-frein القواعد المقررة له واراد قفل باب العربة اثناء سير القطار فمات : ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ ، ١٤ ، ٦٦ - ويقضى بالتعويض اذا ثبت الخطأ من جانب رب العمل سواء أكان خطأ فرديا ام مشتركا : ٢ ابريل سنة ١٩١٢ ، ١٤ ، ٢٠٧ ـ وكما اذا اهملت السكة الحديدية المناية بالرصيف فاصيب عاملها من جراء ذلك : ٣ يناير سنة ١٩٠٦ ، ١٨ ، ٨٢ ـ

بنظرية مخاطر الحرفة حتى قال بان من يقبل الاشتغال بالعمل فهو يعلم مبلغ ما يحف العمل من الخطر ومع ذلك فلا يجوز له المطالبة بتعويض.[1] ولكنه قال بانه يجب النظر الى مبلغ تقدير العامل للخطر بقدر ما يفهمه هو[2]. ومع عدم أخذه بها فانه أخذ يعالج من شدة النظرية المعارضة لها بان قرر التزامات فى عنق رب العمل يجب أن يفى بها نحو العامل. وان هذا التلطيف من جانب القضاء يحكي نظيره من جانب الشارع. واذا كانت عوامل القانون الثلاثة التشريع والفقه والقضاء ترى التقرب منها من طريق التحايل على النظرية القصيرية من نقل عبء الاثبات تارة ومن تقرير التزامات بذمة رب العمل طوراً، ومن حماية صغار العمال أخيراً، فان ذلك امارة على أن هذا الجنين سيخرج بعد حين الى عالم الوجود فيشب وينمو فى جو التطور الاقتصادى والاجتماعى بما يضمن راحة طائفة العمال فى نزاعها مع أرباب الاموال. وبذا يوضع حد لهذه الحرب القائمة بين المال والعمل وهى الحرب الاقتصادية التى تدخل فيها الشارع ولا زال يتدخل بحق لما فى ذلك من الطمأنينة العامة

والآن نبين كيف عالج القضاء نظرية المسئولية التقصيرية وأخذ فيها بما يقرب شيئاً فشيئاً من المسئولية الشيئية .

ولكن القضاء يقول لا حق فى التعويض لكل من يقبل وظيفة فى طبيعتها شىء من الخطر . ولا يفرق القضاء بين هذا الخطر الطبيعى الملازم للحرفة وبين الخطأ الذى يحصل بفعل العامل . وقضى بذلك القضاء فى حادثة محولجى داسه القطار وهو يعمل فى وظيفته : استئناف ٢ ديسمبر سنة ٩١٣ م.ا. ١٥ ص ٤٥ - استئناف ٢٢ يونيو سنة ٩١٥ م.ا ١٧، ص ٢٦ وحجة القضاء ان التعويض هنا خاضع لقواعد الاحكام العامة المقررة للمسؤلية أى الخطأ مادام لا يوجد قانون للعمال كما هو الحال باوروبا . ويقول القضاء انه لا يمكن الاخذ بنص المادة ١٥١ مدنى على اطلاقه اذ من المبادىء المسلم بها قانونا انه لا مسئولية بتعويض عن امر ناشىء عن قوة قاهرة او بالقضاء والقدر وان الشخص لا يعد مسئولا الا اذا وقع من جانبه خطأ أو اهمل ترتب عليه ضرر للغير أو لم يتخذ الاحتياط الكافى لدرء الضرر : كلى فى ٢٩ ديسمبر سنة ٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٥٤٣ عدد ٤١٦ . ولكن يلاحظ ما سبق ان اشرنا اليه بقبول القضاء المصرى اخيرا لنظرية المسئولية التعاقدية بين رب العمل والعامل وان الاول ملزم بالتعويض وانه محمل بعبء الاثبات : محكمة اللبان الجزئية فى ٢١ فبراير سنة ٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٦٨ عدد ٥٠٤

(١) استئناف ٢ ديسمبر سنه ٩١٢ م.ا. ١٥ ص ٤٩ - و ٢٢ يونيو سنة ٩١٥ م.ا. ١٧ ص ٢٦ - ومجموعة عياشى ص ٣٥٥ ن ١٦١٣

(٢) ٢٤ ديسمبر سنة ٩٦، ٩، ٧٨

٧٨٧ — يرى القضاء المختلط تحميل صاحب العمل بالتزامات كلما دعت ظروف خاصة لذلك والزامه بالمحافظة على عماله [١] فاذا استخدم اولاداً صغاراً كان واجب العناية أشد وأعظم [٢] واذا استخدم عاملا غير كفء أصبح مسئولا أيضا[٣]. واذا جعل الطفل الصغير يشتغل ليلا أصبح مسئولا عن الضرر الحاصل له اذا لم يأخذ الاحتياط له من عمل خطر [٤] كذلك يسأل فيما اذا لم يحتط فى تشغيل العامل غير المتبصر [٥] واذا اهمل رب العمل ولم يقم بما يجب عليه من المحافظة على طريق السكة الحديدية من عبث العابثين في وضع احجار أمام القاطرة كان مسئولا عن اصابة العامل [٦]. ويجب عليه القيام برعاية العامل والعمل على حمايته من الاخطار الخاصة بالعمل وان يعرف من قبل الاسباب العادية والممكنة التى تقع منها الاخطار [٧]

هذا فيما يتعلق بالمسئولية الشيئية من جهة مخاطر الحرفة. وسنرى بياناً آخر لها فى غير مخاطر الحرفة، أى من وجهتها العامة كما قرر ذلك جوسران

ج. — فى المسئولية التقصيرية أو اللاتعاقدية

أو المسئولية الناشئة عن التقصير أو الخطأ

٧٨٨ — للمسئولية التقصيرية ركنان. الضرر والتقصير أو الخطأ

---

(١) ٦ فبراير سنة ٩٠٧ ، ١٩ ، ١٠٦ فيما اذا أقام المقاول سقالة للعمال ولم يتعهدها بالرقابة

(٢) فاذا اهمل فى اخذ الاحتياطات اللازمة اصبح مسؤلاً عن الضرر الناشىء لسبب دوران الآلة البخارية: ٣ يونيو سنة ٩٦ ، ٨ ، ٣٠٣ (٣) ٤ يونيو سنة ٩٦ ، ٨ ، ٣٢٤ (٤) ٢٣ مايو سنة ٩٠٠ ، ١٢ ، ٢٧٤ (٥) كما اذا اشتغل عامل داخل الاسطوانة فى صنع الكبارى واعمدتها المائية ولم يعبأ بتحذير مدير العمل له فى عدم الفشل فيشتغل ثم يموت. لانه كان من واجب رب العمل عدم ترك حرية العمل لهذا العامل : ٣ يونيو سنة ٩٠٣ ، ١٥ ، ٣٣١ — او اذا ابقاه المقاول اكثر من الوقت المناد : ١٠ ابريل سنة ٩١٣ ، ٢٥ ، ٣٠٥ (٦) والعامل هو سواق الوابور اذا أوقف القاطرة بمهارة خاصة ترتب عليها اصابته بمرض عصبي يحول دون العمل. لانه من واجب مصلحة السكة الحديدية ان تجرى من الرقابة على أعمالها بما لا يجوز الديقل عما يحصل باوروبا : ٣ يونيو سنة ٩٠٣ ، ١٥ ، ٣٣٥ (٧) فاذا سقط عامل فى وعاء تبريد البخار le condenseur d'usine . ومات جاز لورثته مطالبة رب المصنع بتعويض : ٢٨ ابريل سنة ٩٠٩ ، ٢١ ، ٣٠٧

§ — الركن الاول : الضرر

١ . — ضرورة الضرر للتعويض

٧٨٩ — الضرر ركن لازم فى المطالبة بالتعويض فحيث لا ضرر فلا تعويض مهما وقع من التقصير . فالوكيل الذى يقصر فى القيام بما عهد به الموكل لا يطالب بتعويض الا اذا ثبت فعلا وفى الواقع حصول الضرر له . فاذا لم يرفع الوكيل استئنافا فى الميعاد القانونى وترتب عليه رفض الاستئناف شكلا فلا يطالب بتعويض الا اذا ثبت بانه اذا رفع الاستئناف كان من المحتم كسب الدعوى [1]

واذا تسبب على خطأ المحضر سقوط دعوى النفقة بسبب عدم مراعاته للمادة ١٣ مرافعات فلا تلزم الحكومة بتعويض الا اذا ترجح لدى محكمة التعويض نجاح النفقة. وليس من اللازم عليها أن تتحقق من الوقائع التى تثبت توافر حق النفقة ولا يجوز لها أن تفصل بنفسها فى حقوق الاخصام فى دعوى النفقة كما كانت تفصل فيها المحكمة الاهلية لو قدمت لها دعوى النفقة [2]

٢ — أنواع الضرر

٧٩٠ — والضرر نوعان : مادى وأدبى :

الضرر المادى : اما أن يلحق بمال الانسان واما بشخصه . وفى الحالتين يجب الحكم بتعويض

الضرر الادبى : كالذى يحصل بالقذف . وكالذى يصيب الورثة من مزية التمتع بحياة مورثهم . وكالمساس بالعقائد الدينية .

وقد أثارت نظرية التعويض الادبى ثائرة الشارحين فأبى البعض الاخذ بها لان التقدير فيها لا قياس فيه أى أنه تقدير استبدادى . ولكن يجب ملاحظة أن فى التعويض الادبى بعض العزاء لمن أصيب بالاضطراب الادبى ولا سبيل الى العزية بغير هذا

---

(١) قارن ما مر فى نبذة ٢٨٢ مكررة ص ٢٧٠ فيما يتعلق بشروط المطالب بالتعويض وراجع د ٩٠٣ ، ١ ، ٥٦٩ ومقال بوتييه Bouvier (٢) استئناف ٧ ابريل سنة ٩١٠ م و ا ، ١١ ، ٣٦٦

الطريق وقد أباحت بعض الشرائع الحاضرة هذا النوع من التعويض بنص صريح (المادة ٤٧ من قانون الالتزامات السويسرى)

وعلى ذلك اعتبر القضاء فى الضرر الادبى مساغا للحكم بتعويض[1]

٢ — التعويض والضرر الحال

٧٩١ — يقضى بالتعويض بالنسبة للضرر الحال . اما اذا قضى به ثم تفاقم المرض

(١) ١٦ مارس سنة ٩٢٢ ، ٣٤ ، ٢٤٠ ـ استئناف م ٢٠ ابريل سنة ٩٢ م ت ق . ٤ ، ٢٢٥ (حكم بتعويض لاولاد المتوفى بسبب حرمانهم من تربيته لهم ومن محبتهم له) . ـ ٩ ، ٢٩٦ (لم يحكم بتعويض للاخت مع ان المتوفى كان يعولها انما حكم للأم التى كان يعولها المتوفى . عكس ذلك : ١٠ ، ٢٩٢ أذ حكم للاخت بتعويض لان المتوفى كان يعولها وهو حكم صحيح . وحكم برفض التعويض الذى يطالب به والد عند موت ابنه فى حادث بالسكة الحديدية لان الوالد يكتسب قليلا جدا وان الابن المتوفى كان يكتسب بمفرده . ـ ١٤ ، ١٩٢ (اذا قضى لاخوات بتعويض لانهن كن مقيمات مع اخيهن فى عيشة واحدة وكان هو العائل لهن . ـ استئناف ٧ مارس سنة ٩١٠ م ر ا . ١١ ص ٣٠٣ . ـ والضرر الذى يلحق الام من جراء قتل ابنها الطفل ليس ادبيا فقط بل هو مادى ايضا لانها تفقد بفقده عضوا يعينها فى المستقبل : استئناف ٣١ مايو سنة ٩١٥ م ر ا ، ١٧ ص ٢٥ ولها الحق فى المطالبة بالتعويض حتى ولو كان القاتل والد الطفل (الحكم المذكور) . ـ ٢١ مارس سنة ٩٠٦ ، ١٨ ، ١٦٠ (حكم بالتعويض لابن المتوفى نظير الضرر الادبى والمادى . وقرر نفس الحكم بعدم جواز الحكم بتعويض نظير الضرر الادبى الذى اصاب الزوجه والاب ! !) ومن طالب بدين سبق سداده والح فى الطلب بخطابات وانذارات اصبح مسئولا عن تعويض الضرر المادى والادبى الذى يلحق المدعى عليه بسبب هذا التصرف : محكمة نانسى بفرنسا ٢٠ يوليو سنة ٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٤٩١ عدد ٣٨٩ . ـ ويجوز طلب تعويضات من المحاكم العادية لسبب امتناع الزوج من مباشرة زوجته وعن الضرر الادبى الذى لحقها من جراء ذلك . ولا يتعارض حكم النفقة من المحاكم الشرعية مع القضاء بالتعويض من المحاكم العادية لان حكم النفقة بنى على عدم قيام الزوج بواجب من عدة واجبات وهو واجب الانفاق على زوجته : استئناف ٨ ديسمبر سنة ٩٠٨ م ر ا ، ١٠ ص ٨٩ ويجوز المطالبة بالتعويض الادبى حتى لو كان المتوفى يعيش فى كنف المدعى الذى يصرف عليه واجاز للزوج الزانية طلب التعويض من شريكها ومنهامه (دى هلس ج ع ص ٢٨ ، ٤٧) الا انه فى مثل هذه الحالة الاخيرة يجب مراعاة ما وقع ايضاً من الزوج من الاهمال وعدم الحيطة والرعونة فى عدم المحافظة على زوجته . وقد لا يقضى له بتعويض ما اذا تسبب هو فى الجريمة (دى هلس ج ٤ ص ٢٩ ن ٤٧) وليس من الضرورى فى طلب التعويض بسبب الوفاة فى حادث ان يكون المدعى وارثاً او ان يكون من طبقة الورثة الشرعيين بوجه عام بل يكفى اثبات حصول الضرر الواقع فقط (دى هلس ج ٤ ص ٣٠ ن ٥٠) ويجب فى التعويض الادبى مراعاة الحيطة والدقة فى الحكم به ٥ فبراير سنه ٩١٤ ، ٢٦ ، ٢٠٩ إذ حكم برفض التعويض لاخوات قصر من ام . ـ ١٣ مارس سنة ٩١٧ ، ٣٠ ، ٢٧٩ . ـ

بحيث ترتب عليه ضرر بليغ جداً أو حصلت الوفاة جازت المطالبة بتعويض آخر (١١ ، ٢٣٥ - ١٣ نوفمبر سنة ٩١٢ ، ٢٥ ، ١٦ وراجع في التعليق على هذا الحكم مقالا كتبه والتون[١] بمجلة مصر العصرية[٢] مجلد ٦ سنة ٩١٥ ص ١٢٢ [٣]) ولا يجوز الادعاء بقوة الشيء المحكوم فيه لاختلاف الموضوع فى الحالتين . اذ التعويض فى الحالة الاولى خاص بالضرر المعروف المعين الآن . وأما فى الحالة الثانية فالضرر هو غير الضرر الاول . فاذا طالب من كسرت أصبعه بتعويض ثم مات بسبب الجرح جاز للورثة المطالبة بتعويض آخر . ويجب أن يكون سبب الضرر مجرد احتمال مستقبل وغير مؤكد[٤] واعطاء علاوة للعامل يدخل ضمن التعويض اذا صار اخراج العامل في وقت غير لائق[٥] ويجب أن يراعى فى تقدير التعويض عدم الاخذ بالفروض الظنية كأن يراعى بأن المصاب كان سيرقى فى عالم الحياة مثلا[٦] واذا صار اخراج الموظف من الحكومة وسوى له معاشه فله الحق أيضاً في المطالبة بتعويض نظير اخراجه من خدمة الحكومة في وقت غير لائق لان الموضوع فى الحالتين غير واحد . اذ المعاش فى الحالة الاولى نظير المدة السابقة له بالحكومة . فالمعاش يرجع لسبب تعاقدي بين الموظف والحكومة . وأما التعويض فى الحالة الثانية فان سببه هو الخطأ أو الجنحة المدنية من جانب الحكومة فى اخراجه فى وقت غير لائق[٧] (نقض باريس ١٤ مايو سنة ٩١٣ المحاماة ٤ ، ٥٨٨ عدد ٤٥١ . وقرر هذا الحكم الاخير بأن المعاش الذى يعطى لورثة العسكرى الذى قتل فى حادثة مصادمة قطار من قطارات السكة الحديدية لا يمنع من مطالبة مصلحة السكة الحديدية بتعويض الضرر الناشىء من قتل المورث لان المعاش شيء والتعويض شيء آخر وليس فى القانون ما يمنع من الجمع بين التعويض والمعاش).

٣ . — التعويض والضرر المباشر

٧٩١ — ولا يقضى بتعويض الا بقدر الضرر الواقع فعلا والناتج مباشرة عن الحادث . فاذا داست سيارة شخصاً كان سائراً فى الطريق للتوقيع على عقد بيع

(١) Walton (٢) Egypte contemporaine (٣) وراجع كتاب سوردا فى المسئولية ج ١ ن ٤٦٢ (٤) ٢٨ ابريل سنة ٩٠٩ ، ٢١ ، ٣٥٣ (٥) ١٥ مايو سنة ٩٢٣ ، ٣٥ ، ٤٤٤ (٦) ٢٩ نوفمبر سنة ٩٢٣ ، ٣٦ ، ٥٨ (٧) الدوائر المجتمعة فى ٢ فبراير سنة ٩٢٢ . المحاماة ٢ ص ٣٠٩ عدد ٩٩ - م ر ا ٢٣ ص ٢٤ عدد ١٦

رسمى صادر منه بشأن عقار مثلا ثم مات الشخص ولم يتوقع البيع ونزل سعر العقار فلا يسأل صاحب السيارة عن الضرر الناشئ عن نزول سعر العقار . انما يسأل فقط عما يلحق الورثة من الاضرار بسبب وفاة مورثهم . كما إنه لا يجوز للمشترى فيما اذا حصل عكس ما تقدم وزادت قيمة العقار أن يطالب صاحب السيارة بتعويض بسبب ما فاته من الضرر الحاصل من وفاة البائع وعدم تحقق الصفقة . كل ذلك لان الضرر يجب أن يكون مباشراً (قارن نبذة ٢٨٤)

٧٩٢ — واذا حصلت الاصابة ولم يمت المصاب فى الحال بل مات بعد الحادث بأيام وبعد عملية جراحية فيسأل صاحب السيارة أيضاً عن الوفاة اذا تبين بان العملية الجراحية كانت ضرورية وعملت له بالاصول الفنية . أما اذا تبين بانها لم تكن ضرورية أولم تعمل مع مراعاة القواعد الطبية ، أو ان الوفاة حصلت بسوء العلاج ، أو باهمال المصاب فنى هـذه الاحوال كلها لا يسأل صاحب السيارة عن الوفاة انما يسأل عن الحادث [١]

٧٩٣ — وفى ذلك كله لا يسأل المسئول الا عن الضرر المباشر [٢] وان تكون الصلة قائمة بين الضرر والخطأ [٣] ويحسن بالقاضى ان يرجع الى العدالة في مثل هذه المسائل [٤] والى ما يوحى به رجحان العقـل والتروى [٥] ويجب أن يكون بين الضرر والحادث ما بين السبب والمسبب أو العلة والمعلول [٦] وان يراعى فى تقدير التعويض ثروة المسئول والمركز الاجتماعى لطالب التعويض [٧] ويجوز الحكم بالفوائد وتعويض فى آن واحد [٨] ويحكم بالتعويض على من تسبب فى الضرر [٩] وذلك انه

(١) ولا نرى الاخذ بما سبق للنقض ان قرره فى حالة سوء العلاج بتحميل المسئول نتائج الوفاة . وحجة النقض ان المصاب لا يستطيع ان يعمل على العناية بنفسه من طريق الاستعانة بالاطباء الا بقدر ما يبيح به وسطه الاجتماعى . (٢) دى هلس ٤ ص ٢٠ ن ٣٠ (٣) ١٤ نوفمبر سنة ٩٢٢ ، ٢٣،٣٠ (٤) دى هلس ج٤ ص ٨ ن٢ (٥) دى هلس ص ٢٢ ن ٣٢ فى آخرها (٦) ص ٢٣ ن ٣٣ — واذا حصل احتراق سلك الكهرباء فى الترواى ثم قفز راكب فكسرت رجله جازله مع ذلك المطالبة بالتعويض ٣٠ مارس سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ١٩٣ (٧) ٥ يونيو سنة ٩٠٢ ، ١٩ ، ٢٨٧ حيث حكم بتعويض للزوجة التى طلقها زوجها بعد ان اعتنق مذهبا دينيا آخر (٨) ٩ ديسمبر سنة ٩٠٨ ، ٢١ ، ٥٤ والاحكام الواردة به (٩) ٧ مايو سنة ٩٠٨ ، ٢٠ ، ٢١٢

حكم بتعويض على والد الزوج الذى سعى فى عدم تنفيذ الوعد بالزواج الصادر من ابنه . ويعتبر سبب المسئولية خطأ جنائياً أى غير تعاقدى[1] ولا يعتبر خطأ تعاقدياً[2] حتى لو كان الضرر لم يقع منه مباشرة بل وقع من شخص آخر اما كان سببه الاول[3]

ويجب فى وقوع الحادثتين أن تكون بينهما رابطة السببية أيضاً . وعلى ذلك اذا نسب الى سائق عربة جر الخطأ في انه تسبب فى حشر عجلة منها بشريط الترام ثم بعد ذلك بربع ساعة مر الترام فقتل سائق العربة والحصان برغم نداء الناس للسائق وتنبيهه الى الخطر وجب اعتبار الواقعتين مستقلتين وعلى الاخص اذا كان الترام مسرعاً . ولا تعتبر الواقعة الاولى سبباً للواقعة الثانية لان السببية بينهما قد زالت باهمال سائق الترام . وفي الحوادث التى تقع من هـذا القبيل يجب ملاحظة التفرقة بين السبب المباشر القريب والسبب المباشر البعيد . فالسبب المباشر القريب لحادثة من الحوادث هو السبب الذى وقعت الحادثة منه مباشرة وترتبت عليه النتائج الطبيعية له . فاذا ظهر سبب جديد مستقل عن السبب الاول ولم يكن فى استطاعة المتسبب المخطئ في حصول السبب الاول من العمل على تجنب السبب الثانى أو التنبؤ به ، ذلك السبب الثانى أو الحادث الثانى الذى لولا الحادث الاول لما وقع الحادث الثانى ، وجب اعتبار الحادث الاول سببا بعيداً[4] ليس له أثر قانونى على الحادث الثانى[5]

والاصل التضامن بين المخطئين[6] ولا يجوز الرجوع لمن دفع التعويض على

---

(١) faute délictuele (٢) faute contractuele (٣) ١٣ ابريل سنة ٩١٠ ، ٢٢ ، ٢٦٠ (٤) cousa remota (حيث كان هناك سباق للسيارات فسقطت مخدة من السيارة الاولى فتعثرت فيها السيارة الثانية ووقع الحادث أصبحت السيارة الاولى مسئولة دون الثانية واعتبر أصحاب السباق مسئولين) (٥) استئناف ١٥ نوفمبر سنة ٩٢٢ م ت ق ٣٥ ، ٢٥ وهو حكم هام (٦) ١٠ فبراير سنة ٩١٥ ، ٢٧ ، ١٥٥ والسارق مسؤل بالتضامن مع المخفى عن المقدار الذى صار اخفاؤه فعلا . ولا يسأل المخفي لا بالتضامن ولا بغيره عما لم يخفه . النقض ١٦ فبراير سنة ٩١٨ م ر ١ ، ١٩ ص ٧٠) ويؤخذ بالتضامن ولو لم يقض به الحكم لان التضامن هذا قال به القانون نفسه بالمادة ١٥٠ / ٢١١ مدنى ولم يقل به القاضى . دى هلس ج ٤ ص ٣٢ ن

الآخرين [١] وكلا الوكيل والاصيل مسئول عن الجنحة وشبه الجنحة اذا أقر الاصيل الوكيل في عمله [٢] واذا حكم بالمسئولية الجنائيةولو فى مخالفةوطولب المحكوم عليه بتعويض فلا يجوز له ادخال ضامن له لمخالفة ذلك للنظام العام [٣] واذا كانت العلاقة بين شخصين علاقة غير مشروعة وحصل لاحدهما ضرر فلا محل للتعويض [٤] واذا تسبب المصاب لنفسه فى الضرر فليس له تعويض [٥] ولا مسئولية على سواق الترام اذا أنذر المار بالجرس أو النفير [٦] ولا تسأل شركة الترام عن الضرر اذا وثب أحد الركاب من العربة حالة سيرها على أثر انزعاجه من الصوت والشرر الكهربائى الناشئين عن ايقاف السيال الكربائى دفعة واحدة بواسطة الجهاز الواقى الخاص المركب على الآلة المحركة للترام والذى من شأنه ان يمنع الاحتراق . فان هذا الجهاز متى كان متقناً لا بد أن يحدث الصوت والشرر ويترتب على وجوده الوقاية من الحريق [٧]

ودعوى التعويض التى يرفعها ورثة المقتول على القاتل بالتعويض تخضع لاحكام المادة ١٥١ مدنى وهى غير المطالبة بالدية المقررة بالمادة٤٧ تحقيق جنايات والتى يرجع فيها الى احكام الشريعة الاسلامية (كلى ١٧ اكتوبر سنة ٩٠١ م ر ١ ، ٤ ص٥١)

٤ً . — التعويض والخطأ المشترك

٧٩٣ — يحصل أن يقع الخطأ من الجانبين، المسئول عن الضرر والمجني عليه. فاذا اصطدمت سيارتان وهما سائرتان بسرعة تزيد عن الحد المقرر، اعتبر كل من السائقين أوالمالكين مخطئا . وفى هذه الحالة يقدر التعويض لمن أصابه ضررا كثر بقدر ما ارتكبه هو من الخطأ . ومع ذلك تعمل مقاصة فى التعويض بين الاثنين ، باعتبار أن هناك

(١) أنظر مع ذلك ٢٧ ديسمبر سنة ٩١٧ ، ٣٠ ، ١٠٨ اذ أتيح لصاحب الجريدة الرجوع بالتعويض على كاتب المقال ٢٤ مايو سنة ٩٢٢ ، ٣٤ ، ٤٢٦ اذ أباح لشركة الترام الرجوع بما حكم عليها بالتعويض على من كان مكلفاً بمراقبة ورعاية طفل داسه الترام وعمره اربع سنوات . — انظر دى هلس ج ٤ ص ٣٢ ن ٥٥ حيث أجاز رجوع من دفع على من لم يدفع بقدر نصيبه
(٢) ١٧ مارس سنة ٩٢٠، ٣٢ ، ٢٠٢ (٣) ٨ ديسمبر سنة ٩٢٠، ٣٣ ، ٥٩ (٤) ٢ يونيو سنة ٩٢١، ٣٣ ٣٦٨ (٥) ٢٤ فبراير سنة ٩٠٩، ٢١، ٢٠٦، — ولكن اذا اشترك المستخدم فى الاضراب بقصد الحصول على زيادة المرتب فله حق التعويض اذا اخرجه صاحب المحل لسبب الاضراب : استئناف ١١ مارس سنة ٩١٨ م ر ا، ١٩ ص ١٠٦ . — دى هلس ج٣ ص٢٣ ن٤٦ و٤٧ فى باب اجازة الاشخاص والاضراب (٦) ٢٧ مارس سنة ٩١٢ ٢٤ ، ٢٣١
(٧) ١٠ يونيو سنة ٩١٤، ٢٦، ١٤، ٤

خطأ مشتركا [١] ولهذه النظرية أحوال عملية كثيرة يرجع فيها الى تقدير الوقائع والظروف [٢]

واذا بادر احد المتضاربين بضرب الآخر ثم ضرب به هذا الآخر فلا حق للاول بالمطالبة بتعويض. وكذلك لا حق لورثته في التعويض [٣] والسبب في ذلك أن الاول معتد ولولا اعتداؤه لما وقع الضرر به. فليس له حق المطالبة بضرر تسبب هو فيه بنفسه. ويصح ان يقال أيضاً في هذه الحالة بالاخذ بنظرية الخطأ المشترك والمقاصة في التعويض باعتبار انه «اذا تكافأت السيئات من الجانبين تساقطت». فلا يجوز للاول أو ورثته مطالبة الثاني بتعويض. وكذلك لا يجوز للثاني أو ورثته مطالبة الاول بتعويض. واذا استطاع المجني عليه منع وقوع الحادث ولكن لم يفعل بسبب يرجع اليه كمخدر ابتلعه أخذ أيضاً بنظرية المقاصة في التعويض [٤]

٥ً. — الخطأ المشترك ونظرية

نصف المسئولية و « دموج » [٥]

٧٩٤ — يرى دموج أن الواقع في أغلب الحوادث [٦] الضارة بالافراد مهما تنوعت

---

(١) faute commune استئناف م ٤ مايو سنة ٩٠٩ مج ت ف ، ٣ ، ٢٩٦ (٢) استئناف م ١٦ ديسمبر سنة ٩١ م ت ق ، ٤ ، ٥٠ . — ٩ ديسمبر سنة ٩٠٨ ، ٢١ ، ٥٨ . — ١٦ ديسمبر سنة ٩٠٨ ، ٢١ ، ٦٨ . — ١٤ يونيو سنة ٩١٦ ، ٢٨ ، ٤٢٩ . — ١٥ ديسمبر سنة ٩٢١ ، ٣٤ ، ٥٧ . — ٢٩ نوفمبر سنة ٩٢٣ ، ٣٦ ، ٥٨ . — ٢٠ يونيو سنة ٩١٧ ، ٢٩ ، ٥١١ . — وما دام ان شركة الترام تخدم المصلحة العامة فمن الواجب ايضا على الافراد ان يراعوا ضرورة الالتفات الى انفسهم كما ان السواقين ملزمون ايضا بالعناية: ١٣ ديسمبر سنة ٩٢٢ ، ٣٥ ، ٩٣ . — جزئي ٧ سبتمبر سنة ٩٠٧ م ر ا ، ١١ ص ٦٥ اذ حكم بتوزيع التعويض على الحكومة وعلى الشخص الذي وضع بفطة على دكان بلا رخصة فازالها البوليس بلا حكم

(٣) بني سويف الكلية ١٩ يونيو سنة ٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٣٨ عدد ١٦ (٤) استئناف ٣١ ديسمبر سنة ٩١٢ م ر ا ، ١٤ ص ٦٥

(٥) جاء دموج مدرس القانون المدني بكلية الحقوق بباريس الى مصر في شتا سنة ١٩٢٣ والقى محاضرة بدار الجمعية الملكية للاحصاء والانتصاد السياسي والتشريع في ٣٠ نوفمبر سنة ٩٢٣ ونشرت بمجلة هذه الجمعية وهي مجلة L'Egypte contemporaine المجلد ١٤ ص ٥٦١ — ٥٧٢ تحت عنوان : Des bases de la responsabilité civile au point de vue legislatif, spécialement en matière d'accident

(٦) accidents

صنوفها يكون لكل من صاحب الشيء الذى صدر منه الضرر ومن المجني عليه قسمه نصيب في الخطأ . يعني أن الضرر الذى وقع انما عمل على ايقاعه الاثنان صاحب السيارة مثلا والمصاب . لانه ان قيل بضرورة حماية الناس لارواحهم وانفسهم فانه من الضرورى ايضاً أن يراعى بان تقدم المدنية يدعو الناس الى زيادة الحيطة لانفسهم . ولذا يرى « دموج » تقسيم التعويض مناصفة بين المالك والمصاب [1] الا اذا دلت تقريباً وقائع الحادث على ما يخالف ذلك . ويلاحظ هذا المؤلف أن الشرائع الحاضرة لم تخرج فى قوانينها الخاصة بالعمال عن هذه القاعدة. وأن التشريع فى حالة يدعو الى التشريع فى الحالات الاخرى أخذاً بالقاعدة التاريخية المعروفة فى عالم التطور والتغيير . وتصبح دعوى التعويض حينئذ دعوى تسوية حساب بين الطرفين [2] ويرجع فى الحساب الى الخطأ البسيط والبسيط جداً والى الخطأ الجسيم . وان كان يترتب على توزيع المسئولية مناصفةً شيء من الارهاق بالافراد الا انه يتلطف هذا الارهاق بتقسيم العويض مناصفة أولا . وثانياً بما أن كلا من المالك والمصاب قد استغل مجهوداته، الاول بملكه والثانى بتنزهه مثلا واستفاد كل منهما من عمله فلا ضير عليهما لو اقتسما التعويض وتحملا المسئولية معا [3]. ثم استعان دموج فى تأييد نظريته باعتبارات أخرى ترجع لاصحاب الاموال المالكين لآلات المصانع والسيلوات والطيارات [4] والتأمين على الحياة [5] والى تقرير نظرية مسئولية الحكومة فى غير خطأ أى فى حوادث جبرية قهرية [6]

٦. — الورثة والتعويض

أولا — حق الورثة في التعويض

٧٩٤ — لا شك فى أن للورثة حق المطالبة بتعويض نظير الاضرار المادية والادبية التى نالتهم

انما اذا فرض وتقرر للمورث حق المطالبة بتعويض فى حال حياته فماذا يكون

---

(١) مقالة المذكور ص٥٦٨ (٢) réglement de compte (٣) مقال دموج ص ٥٦٩
(٤) مقال دموج ص ٥٧٠ (٥) مقال دموج ص ٥٧١ (٦) مقال دموج ص ٥٧٢

مصير هذا الحق بالنسبة للورثة ؟ نرى ان التعويض اما خاص بمال المورث واما بشخصه فان كان الاول جاز للورثة المطالبة به بلا قيد ولا شرط . واما ان كان خاصاً بشخص المورث كتعويض عن القذف فيه مثلا فلا حق للورثة بالمطالبة به الا اذا تبين بان المجني عليه أبدى رغبته فى طلب التعويض قبل الوفاة بأن قدم شكواه [1] أو رفع دعوى بالمطالبة بتعويض . وفى هذه الحالة لا يجوز للمسئول الزام الوارث باثبات الضرر الحاصل له شخصياً [2] لان مبلغ التعويض يعتبر من ضمن التركة ماداما ان المتوفى حقق هذا الامل فى التعويض بان طالب به أمام القضاء . ويجوز لهم أيضاً حق المطالبة بتعويض عن ضرر شخصي بالمتوفى اذا ثبت بانهم قد أصيبوا هم الآخرون شخصياً بمثل هذا الضرر (دى هلس ج ٤ ص ٣٠ ن ٥١) .

واذا اصيب الشخص بضرر شخصى يرجع لكرامته ولم يشأ رفع الدعوى والتبليغ بشكوى للجهة المختصة فهل يجوز لدائنيه أن يجروا ذلك بدلا منه ؟ لا يجوز لان الضامن لديون الدائنين انما هو مال المدين لا شخصه . انما اذا رفعت دعوى التعويض وحكم فيها نهائيا جاز للدائنين العمل على تحصيل الدين لان التعويض أصبح فى هذه الحالة جزءاً من مال المدين لا تابعاً لشخصه المحض (دى هلس ج ٤ ص ٣١ ن ٥٤)

أما اذا كان الضرر الحاصل للشخص يرجع لماله وليس له شأن بكرامته فللدائنين الحق فى العمل بدلا عن مدينهم . كما اذا حصل حريق مثلا لعقار المدين ثم لم يعمل على المطالبة بتعويض فانه يجوز للدائنين أن يعملوا بدله (دى هلس ن ٥٤ وراجع ماذكرناه هنا فى نبذة ٣٢٧ ص ٣٢٠ ثانياً)

ثانياً . — توزيع التعويض على الورثة

٧٩٥ — التعويض مقرر فى مقابل ما دفع من الضرر . واذا تعدد من حل بهم الضرر ، تعدد الضرر فى قيمته ، أى تعدد التعويض . ولا يقضى بالتعويض الا بقدر الضرر الذي عاد على الضار . فاذا قضى بتعويض جملة واحدة للورثة فلا يقتسمونه بالرجوع الى الانصبة الشرعية ، لان التعويض في هذه الحالة اذا كان غير متعلق بمال

---

(١) بنى سويف جنح مستأنفة ٢ مارس سنة ٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣٦٢ عدد ١١٥ . ويعتبر بمثابة شكوى اقوال المجنى عليه امام المحقق (الحكم المذكور . ـ انظر مع ذلك ٢٤ مايو سنة ٩٠٥ ، ١٢ ، ٢٩٦ اذ قضى بان التعويض شخصى محض فلا ينتقل للورثة اذا مات المصاب اثناء نظر الدعوى . وهو حكم غريب (٢) ١٣ مارس سنة ٩١٨ ، ٣٠ ، ٢٧٩

المتوفى بل بحياته وشخصه كالقتل وغير ذلك لا يعتبر ضمن التركة انما يعتبر ملكا خاصاً بالورثة . ويترتب على هذه القاعدة الهامة ما يأتى :

١ — لا يملك دائنو التركة حق تقاضى ديونهم فى مبلغ التعويض هذا (١١ فبراير سنة ٩١٤ ، ٢٦ ، ٢١٨)

٢ — يوزع التعويض لا بالرجوع الى الانصبة الشرعية بل بالرجوع الى مقدار الضرر الذى أصاب كل واحد على حدته [1] فاذا ترك المورث ولدين و بنتاً وكان عمر أحد الابنين ٣٠ سنة والاخر ٧ سنوات والبنت ١٦ سنة أخذ الابن الاكبر تعويضاً أقل من الابن الاصغر لحاجة هذا الاخير للتربية . وأخذت البنت اكثر من أخيها الاكبر لحاجتها الى الجهاز وغيره

٣ — إن مطالبة الوارث بالتعويض حق شخصى له لا يملك دائنه حق المطالبة به

٤ . — ان حق التعويض للوارث حق خاص به . وعلى ذلك لا يملك المصاب فى حياته هو التصرف فيه تصرفا ضاراً بالوارث . لان الضرر ولو أنه وقع على المصاب فقد وقع أيضاً على الوارث . فكلاهما ذو حق فى التعويض لان كلا منهما قد أصابه ضرر وتولد عن الضرر حق . وأصبح حق الواحد متميزاً عن حق الآخر . وعلى ذلك اذا اتفق العامل مع رب العمل على تعويض عند حدوث الاصابة وعلى قدر هذا التعويض جاز لوارث العامل المطالبة بأكثر لانه ليس للمورث أن يفتات على حق الوارث بالذات [2]

٥ . — اذا حكم لبعض الورثة بتعويض فيجوز للآخرين طلب الحكم لهم بتعويض أيضاً بدعوى على حدة [3]

٧ . — الاتفاق على التعويض

٧٩٦ — يجوز للعاقدين الاتفاق على مبلغ التعويض مقدماً بالعقد . ويصح الاتفاق على نفى التعويض بالمرة كما يصح الاتفاق على تحديده باكثر أو باقل من حقيقته . ويقع ذلك على الاكثر فى عقود النقل بالبر والبحر بين صاحب الشىء وأمين النقل . ويقع كثيراً فى مجال العمل بين الافراد ومصلحة السكة الحديدية وبينهم ومصلحة البريد . هذا ولحرية الاتفاق على التعويض أصول لا بد من مراعاتها :

---

(١) ٢٩ نوفبر سنة ٩٢٣ ، ٣٦ ، ٥٨ (٢) استئناف م ٣٠ ديسمبر سنة ٩٠٨ م ت ق ، ٢١ ، ٩٣ وهو حكم هام (٣) استئناف ١٣ يناير سنة ٩١٤ م ر ا ، ١٥ ص ٧٣

أولاً — الاتفاق على التعويض جائز سواء كان الاتفاق منصرفاً الى عدم التعويض بالمرة أو الى تقليل التعويض وتقديره بمبلغ معين من قبل . وكل هذا معقود بما يتعلق بمصلحة الافراد. أما ما يخص النظام العام فهو باطل. وعلى ذلك يصح الاتفاق على نفى التعويض أو تحديده فى حالة القوة القاهرة . ولكن لا يصح اذا حصل الضرر لسبب غش أو تدليس أو جريمة وقعت مثلا من عمال مصلحة السكة الحديدية أو غيرهم. فلا يصح فى هذه الحالة الشرط القاضى بنفى التعويض أو تحديده(١)

ولمصلحة السكة الحديدية لائحة خاصة بانواع النقل . والمادة ٢٥ منها تقضى بانه فى حالة النقل فى قطارات الركاب وهو ما يسمى بالنقل السريع (٢) اذا حصل تلف أو ضياع للبضائع تعينت قيمة خاصة للتعويض . ومثل هذه المادة صحيح فى غير حالات السرقة . والا وجب الاخذ بالمواد ٤٨٩/٥٩٨ مدنى و٩٧/١٠٢ تجارى. ولهذه المصلحة سعر خاص فى بعض الاحوال وهو مخفض عن الاسعار الاخرى (٣) فاذا رضى به المرسل وضاعت البضاعة لأى سبب كان حتى ولو كان سبب ضياعها بخطأ المصلحة كان الضياع على المرسل لانه يعتبر أنه أمن على البضاعة بنفسه ولنفسه، الا اذا أثبت بان الضياع بسبب السرقة أو بسبب خطأ جسيم لعمال المصلحة أو غش أو إهمال (٤) واثبات الضياع بالسرقة أو الخطأ الجسيم على صاحب البضاعة . وأما المصلحة الحديدية فلن تثبت شيئاً أزاء الشرط المأخوذ بورقة الشحن . انما لها أن أن تنفى ما يثبت ضدها . وعند حصول السرقة أو الخطأ الجسيم لا يرجع فى تقدير البضاعة المسروقة الي السكة الحديدية وما قررته بلوائحها (٥)

(١) ٨ يونيو سنة ٩٢٢ ، ٣٤ ، ٤٧٤ و ٣٥ و ١٣٨ (٢) à grande vitesse
(٣) risk note (٤) ١٦ ابريل سنة ٩٢٢ ، ٣٤ ، ٢٩٨ . ١٩ ابريل سنة ٩٢٣ ، ٣٥ ، ٣٨٦ - استئناف ٢ مايو سنة ٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢٩ عدد ١٢ . - محكمة اكس بفرنسا فى ٢٢ مارس سنة ٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٣٩٠ عدد ٣٢٢ . - ١٥ مايو سنة ٩٢٠ ، ٣٢ ، ٣٢٠ - ١١ يونيو سنة ٩١٩ ، ٣١ ، ٣٤٠ استئناف محكمة روين ٦ نوفبر سنة ٩١٦ س ، ٩٢٠ ، ٢ ، ٢٩ . - ٢٩ ديسمبر سنة ٩٢٠ ، ٣٣ ، ٩٨ . - استئناف ١٠ فبراير سنة ٩١٠ م ر ا ، ١١ ص ٢٤٥ والمادة ٢٥ من لائحة نقل الركاب والبضائع والحيوانات الصادرة فى ٢٠ مايو سنة ٩٠٣ . جزئى ٤ يناير سنة ٩٢٠ م ر ا ، ٢٣ ص ٣٢ عدد ١٩ (٥) ٢٤ مارس سنة ٩١٥ ، ٢٧ ، ٢٤١ . - محكمة الموسكى الجزئية فى ٢٣ فبراير سنه ٩١٩ جريدة الاهرام عدد ٢٦ اغسطس سنة ٩١٩

ويصدق ما تقدم ايضاً على مصلحة البريد [١] طبقاً لدكريتو ٢٩ مارس سنة ١٨٧٩ بشأن الخطابات الضائعة والتعويض المقدر بمبلغ ٢ جنيه اذا كانت مسجلة إلا اذا حصل غش أو تدليس [٢]

٨ . — فى دعوى التعويض

٧٩٧ — دعوى التعويض دعوى شخصية ومنقولة [٣] وتوجه ضد الشخص نفسه أو ضد تركته فى مواجهة الحائزين لها وهم الورثة [٤] واذا أصيب جملة أشخاص فى حادث واحد جاز للكل المطالبة معاً بالتعويض أو جاز لكل فرد المطالبة على حدته ولا يعتبر الحكم الواحد حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة للاحكام الاخرى لاختلاف الموضوع لان التعويض فى الدعوى الاولى مثلا انما يرجع فى سببه الي الضرر الذى وقع للمصاب . وهذا الضرر هو غير الضرر الذى لحق مدعياً آخر حتى لو كانت الاصابة في موضع واحد فى الاثنين. فاذا رفضت الدعوى الاولى لعدم صحة أسباب التعويض فلا يحوز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه [٥] والامر على خلاف ذلك فيما اذا قضى فى الدعوى الاولى جنائيا لان الاحكام الجنائية لها قوة الشيء المحكوم فيه لدى المحاكم المدنية كما سيتبين فى مكانه فى باب الاثبات

§ ٢ — الركن الثانى للمسئولية التقصيرية

وهو التقصير أو الخطأ

٧٩٨ — للتقصير عاملان : الادراك والعمل المكون للتقصير ذاته

١ . — العامل الاول : فى الادراك

٧٩٩ — يراد بالادراك فى التقصير أن يكون المقصر ملماً بما يعمله [٦] أى أهلا

---

(١) ١٥ فبراير سنة ٩٢٣ ، ٣٥ ، ٢٢٩ (٢) ١٨ مايو سنة ٩٠٧ ، ١٩ ، ٢٥٥
(٣) action personnelle mobilière تمييزا لها عن الدعوى العينية العقارية (٤) دى هلس ج ٤ ص ٢٧ ن ٤٣ (٥) دى هلس ج ٤ ص ٢٨ ن ٤٥ (٦) imputabilité

التمييز [١] فاذا وقع الضرر من صبي غير مميز بسبب سنه أو جنونه أو سكره (سكره بفعل الغير لا بفعله) فلا مسئولية عليه سواء كان من الوجهة الجنائية أو المدنية [٢]

وأصل هذه القاعدة مقرر عند الرومان وقال بها أحد مشترعيهم أولبيان [٣] ونقلها عنه بوتييه [٤] وأخذ بها القضاء الفرنسي. ولم ترد بقانون نابليون [٥] ومع ذلك فقد وردت به المادة ١٣١٠ القائلة بانه لا يجوز مطالبة القصر بمقابل ما وقع منهم من الجنح وأشباه الجنح [٦]. ونص عليها الشارع المختلط في المادة ٢١٢ مدني ولم ينص عليها الشارع الاهلي في المادة ١٥١.

أما القول باللامسئولية بالنسبة لغير المدرك بسبب سنه أو بأي سبب آخر فقد أثارت نقد الناقدين. وقرر القضاء الفرنسي أيضاً عدم الاخذ بها في بعض المواطن اذ حكم بالتعويض عند عدم الادراك الناشئ عن ادمان المتسبب في الضرر في شرب الخمر أو عن جنونه الناشئ عن الافراط في تعاطيه إياها أيضاً [٧]

ولقد كان لنقد الناقدين أثر ظاهر في التشريع. اذ أباح القانون الالماني بالمادة ٨٢٩ جواز الحكم بالتعويض اذا تأذت العدالة من عدم الحكم به وعلى شرط عدم امكان مطالبة الموكول اليه أمر مراقبة غير المدرك بالتعويض وبحيث لا يكون من شأن الحكم القاء غير المدرك في حالة عوز وعدم. وأباح مثل ذلك أيضاً أو ما يقرب منه قانون الالتزامات السويسري بالمادة ٥٤ [٨] على اننا نرى أن التشريع على هذا النحو من ترك الحرية للقاضي في الحكم بالتعويض أو عدم الحكم به اسلوب غير مألوف لأن الشارع بهذه الحالة يكون قد أخذ بنظرية مسئولية غير المدرك وأخذ أيضاً وفي آن واحد بعدم مسئوليته.

قلنا إن الشارع المختلط قرر الاخذ بعدم المسئولية في المادة ٢١٢ مدني ولم يقررها الشارع الاهلي. فبماذا يفسر هذا السكوت؟ هل يفسر بان الشارع لم يرد تقرير هذه النظرية؟ أم انه أراد تقريرها ضمناً حيث اراد بالسكوت الرجوع الي القضاء الفرنسي

---

(١) capable de discernement (٢) كابتان ص ٣٧٤ (٣) Ulpien (٤) Pothier
(٥) كابتان ص ٣٧٤ (٦) بلانيول ص ٢٨٦ ن ٨٧٩ والهامش ٣ (٧) كابتان ص ٣٧٥
(٨) كابتان ص ٣٧٥ . ـ بلانيول ص ٢٨٧ ن ٨٨٠

والنص الصريح المختلط ؟ انه من المجازفة فى القول بعدم مسئولية القاصر ، من جانب الشارع ، فى حالة سكوته عن نقل المادة ٢١٢ . لانه ما دام الشارع لم ينقل هذه المادة فلا يمكن أن يقال بانه قرر اللامسئولية . على أن القضاء المصرى يجرى على الاخذ باللامسئولية وهو فى ذلك يرجع الي اركان المسئولية والي أركان الخطأ باعتبار أنه لا يكون هناك خطأ الا اذا كان هناك ادراك لدى المخطئ ولم يرجع فى ذلك الي نص تشريعى[1]. هذا فيما اذا كان القاصر غير مدرك اما اذا كان مدركا لما يعمله فهو مسئول[2] ولكن الادراك منتف عنه بحكم القانون الجنائى اذا لم يبلغ السابعة من عمره فلا يسأل جنائياً عما يعمله (المادة ٥٩/٦٢ عقوبات . وهذه الاخيرة لم تحدد سناً للتمييز)

٢ً . — العامل الثانى : العمل المكون للتقصير ذاته

أولاً . — فى التقصير أو الخطأ من حيث هو

٨٠٠ — للشارحين العصريين ثلاثة آراء فيما يتعلق بالتقصير أو الخطأ

الرأى الاول : رأى كولين وكابتان[3] : لم يبين القانون ما للتقصير ولم يضع له تعريفاً معيناً . والمفهوم من التقصير أو الخطأ[4] على العموم هو عدم قيام الانسان بما كان يجب أن يقوم به وعدم عمل ما كان يجب أن يعمله . ولا بد من ايجاد مثل يحتذى به لاجل المقارنة . اذاً يجب مقارنة المقصر بالرجل العادى المتبصر فى أمره . فاذا وقع من المقصر ما لا يقع عادة من الرجل المتبصر فى أمره اعتبر ذلك تقصيراً[5] كما قال به الرومان

وفى الاحوال التعاقدية اعتبر المثل الذى يقارن به هو رب العائلة العادى[6]

---

(١) جزئى ٢٢ يناير سنة ٩١٨ مر ١٩، ١٠١، ١٣٣ (٢) ويجوز للمحاكم الجنائية ان تحكم مدنياً بالتعويض على القاصر بدون اختصام فى شخص وليه : استئناف ٢٧ مايو سنة ٩٠٧ مر ١ ، ٨ ص ٢١٦ . — النقض المصرى ١٩ مايو سنة ٩١٧ مر ١ ، ١٨ ص ١٥٦ . (٣) ج ٢ ص ٣١١ والحاشية ٩ فى المراجع (٤) faute (٥) culpa (٦) un bon père de famille

أي رب العائلة الذي يقوم بشئون أسرته بالعناية العادية التي يقوم بها في العادة أغلب الناس . وهو ما قال به الرومان

ولكن ما القول في الاحوال غير التعاقدية ؟ فهل يجعل محل المقارنة نفس رب العائلة القائم بأمر أسرته أم ماذا ؟ لم يشأ مشترعو الرومان ان يأخذوا في هذه الحالة بمثل رب الاسرة . بل قالوا بانه يجب أن يكون المسئول مدنياً في هذه الحالة قد أظهر نشاطاً اكثر وعناية اكبر مما يلحظ عادة في رب الاسرة . أي انه يجب في الانسان، حتى لا يضر أحداً بعمله ، ان لا يكون فقط على قسط وسط من الذكاء والفهم بل يجب ان يكون فوق ذلك على قدر عظيم من التبصر والالتفات ، والا اعتبر بانه مقصر أو مخطئ أي مسئول

٨٠١ — ويقول المؤلفون العصريون بان العمل جار الآن على ما قرره الرومان أنفسهم . لانه لا يسأل الانسان في الوقت الحاضر الا اذا ثبت بانه لم يقم كما يجب أن يقوم به رجل مهتم بأمره ولم يتخذ في عمله الاحتياطات التي يلجأ اليها الرجل المتبصر . هذا ولا يخفى أن هذا التقدير فيما يتعلق بدرس درجات الحيطة وأنواع العناية يرجع الى كل عصر وما عرف به من التقدم والرقي

٨٠٢ — **الرأي الثاني : رأي ليفي**، الاستاذ بكلية ليون في فرنسا [١] وهو الرأي القائل بالثقة والعقيدة الشرعية المخدوعة [٢] ذلك أن الناس في حياتهم المدنية في حاجة الي الثقة بعضهم بالبعض : أي أنه من الواجب على كل واحد أن يعمل نحو الآخر بحيث لا يخدع هذا الآخر فيما وثق به في شخص الاول . وعلى ذلك محل المسئولية اذا خدعت هذه الثقة. هذا هو الشكل الاول لهذا الرأي . وأما الشكل الثاني المقابل له فهو أن كل انسان في حاجة الي الثقة بنفسه وهو يعمل في الحياة و إلا تعطلت لديه وسائل الحياة. وهذه القاعدة الثانية ملطفة للقاعدة الاولي. ومن أمثال ذلك رجال الفن فانهم في حاجة الي الطمأنينة الناشئة عن الثقة بأنفسهم كالطبيب والمحامي وغيرهما ، فاذا لم يعملوا وهم على هذا الاعتبار شلت حينئذ الحركة الاجتماعية العامة

(١) انظر مقالتنا بمجلة الشرائع السنة السادسة ص ١ - ٢٤ تحت عنوان في اقامة الدعوى العمومية من قبل محكمة الجنايات وعلى الاخص ص ١٨ و ١٩

(٢) confiance légitime trompée

٨٠٣ — **فالمحامى** : يعتبر ولي أمر صاحب الدعوى [١] أو هو سيد الدعوى وزعيمها [٢] وهو لا يسأل عما يدلي به من آيات النصح والارشاد ما دام أنه مدفوع فى ذلك بمحض الرغبة فى الاخذ بالدعوى فى طريق مأمون المخاوف والمخاطر، وحسن النية رائده . فاذا نتج عن نصحه ضرر بالدعوى أو سار فيها بأحد المبادىء القانونية المأخوذ بها فلا لوم عليه . انما اذا أخطأ فى تقدير الدعوى تقديراً قانونياً بما لا يصح أن يصدر ممن يتولى أمر الدفاع بين الناس فقد حق التعويض ولاَمحالة [٣]

٨٠٤ — **والطبيب** : لا يسأل إلا اذا وقع منه خطأ جسيم [٤] ولا يجوز للمحكمة أن تتدخل فى تقدير المسائل العلمية [٥] ولا مسئولية اذا كان الخطأ خفيفاً [٦] ولا يسأل الطبيب عن الخطأ فى تشخيص المرض اذا حصل ذلك بحسن نية [٧]

ويقول أنصار الرأى الأول بأن هـذا الرأى الثانى ينتهي في الحقيقة الي رأيهم

٨٠٥ — **الرأى الثالث : رأى بلانيول** : يعرف بلانيول التقصير أو الخطأ بأنه عمل غير مشروع [٨] أى عمل محظور قانوناً . ويلاحظ أصحاب الرأى الاول ان هـذا التعريف لا يعتبر تعريفاً بل تحصيل حاصل لانه لم يعرف ما هى الاعمال غير المشروعة . لانه اذا كان من السهل معرفة الاعمال المحظورة جنائياً فليس الامر كذلك فيما يتعلق بالاعمال المدنيـة أى الجنح المدنية وكثير من الاعمال المدنية ما لا يقع تحت طائلة القانون الجنائى

٨٠٦ — ولـكن بلانيول فى قوله بأن التقصير هو عمل غير مشروع رجع

(١) patron du client (٢) dominus litis (٣) ٥ ابريل سنة ٩٤ ، ٦٠ ، ٢٤٥
(٤) محكمة روان بفرنسا ٢١ ابريل سنة ٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٥٥٠ عدد ٤٦٨ (وكان الطبيب عمل عملية جراحية لمريضة وصف مرضها خطأ بانه ورم بالرحم فتبين عند اجراء العملية انه نتيجة الحمل فاخرج الجنين وماتت المرأة ـ فحكم عليه بانه قتل نفساً خطأ) ـ ٣ فبراير سنة ٩١٠ ، ٢٢ ، ١٢٠ ويجوز تعيين خبير (٥) ١٥ فبراير سنة ٩١١ ، ٢٣ ، ١٨٣ (٦) ٢٩ فبراير سنة ٩١٢ ، ٢٤ ، ١٦٦ (٧) استئناف ١٦ ابريل سنة ٩٢١ م ر ا ٢٣ ص ٨٤ عدد ٥٣ ـ كتاب سوردا فى المسئولية ج ا ن ٦٧٦ و ٦٧٧ (٨) acte illicite

فى ذلك إلي أن العمل غير المشروع هذا هو عبارة عن مخالفة التزامات مقررة فى ذمة المقصر من قبل[1] أى لا يعتبر الانسان مقصراً أى مرتكباً لعمل غير مشروع الا اذا كان ملزماً من قبل بالتزام خاص. وكما أن الانسان لا يعتبر مقصراً فى الاحوال التعاقدية الا اذا خالف التزاماً قرره العقد، كذلك فى الاحوال غير التعاقدية لا يعتبر مقصراً الا اذا خالف التزاماً قرره القانون

ويرى بلانيول الرجوع فى تقرير هذا الالتزام السابق الي الاحوال الاربع الآتية: ١) يجب أن يمتنع الانسان عن الايذاء للغير فى نفسه وفى ماله — ٢) يجب أن يمتنع عن كل غش وتدليس. ٣) يجب أن يمتنع عن القيام بالعمل الذى يزيد عن حد طاقته ٤) يجب أن يعني الانسان العناية اللازمة فى ملاحظة الاشياء والاشخاص الموجودين تحت رقابته[2]

ولكن يلاحظ أنصار الاول أن القول بالرأى الثالث هذا لم يقدم النظرية خطوة بها الى الامام لانه لم يبين ما هى الاعمال غير المشروعة المحظورة بالقانون، وهى الاعمال التى لا عداد ولا حصر لها فى مجال العمل

ثانياً. — فى المظاهر العملية للخطأ أو التقصير

٨٠٧ — للخطأ أو التقصير من المظاهر العملية فى مجال الحياة صور شتى وأشكال مختلفة. وسواء أخذ فيها بمذهب كولين مع كابتان أو مذهب ليفى أو مذهب بلانيول فانه لا بد من التعويض. وبوجه عام يحل التعويض اذا وقع الضرر من الشخص بلا مسوغ. والمسوغ أما أن يرجع لنص بالقانون بالذات أو للاعتبارات الاجتماعية المستفادة من ضروريات الحياة. والامر فى ذلك متروك للقاضى من حيث التقدير للظروف والمسوغ

٨٠٨ — **الخطأ والاهمال وعدم الاحتياط**: والامر فى ذلك كما قلنا متروك لتقدير القضاء. فاذا انشىء مكان للبغاء بجانب مساكن أخرى وترتب عليه نقص فى ايجارات هذه المساكن وقيمتها أصبح منشىء المحل مسئولا والمستأجر منه أيضاً

(١) obligations préxistantes بلانيول ص ٢٧٥ ن ٨٦٥ (٢) بلانيول ص ٢٧٥ ن ٨٦٥ . — راجع مقالا هاماً لبلانيول بمجلة Revue critique سنة ٩٠٥ ، ٢٧٢ — ٢٩٢

ويتضامنان اذا كانا يعلمان معاً . ولا يجوز لاحدهما الرجوع على الآخر [١] والتاجر الذى يعطى بيانات غير صحيحة للغير وهو يعلم بذلك وترتب عليه ضرر بمن أعطيت ضده يصبح مسئولا [٢] واذا أعطى العمد والمشايخ بيانات من طريق التنوير عن الملكية لشخص معين ثم استحق المبيع كانوا مسئولين أيضاً [٣] ومصلحة السكة الحديدية مسئولة عن الحريق الحاصل باحدي عربات القطر لوجود مادة ملتهبة بها لم تضع المصلحة عليها غطاء [٤] وهى مسئولة عن عدم أخذها الاحتياطات لمنع الخطر [٥] واذا لم تحتط وترتب على ذلك سحب بوليصة الشحن بالغش ووقوع تزوير على الغير حسن النية جاز لهذا الاخير مطالبتها بتعويض [٦] ولا يسأل المصرف المالي عن صرف تحويل [٧] مزور . اذا كان صاحب دفتر التحويل قد أهمل في المحافظة عليه [٨] الا اذا أثبت خطأ المصرف [٩] وشركة المياه مسئولة عن الضرر الناشىء من تسرب المياه الحاصل بسبب كسر الانابيب لعدم متانة اتصالها بالانابيب العامة [١٠] والمفروض انها مخطئة لان الاصل أنها ملزمة بالمحافظة على تصريف المياه [١١] واذا نشرت صحيفة تلغرافاً لشركة تلغرافات بدون اذن من هذه الاخيرة وقبل أن يصبح عمومياً جاز الحكم بالتعويض [١٢] واذا باعت الحكومة مدافع قديمة لاجل تقطيعها وأهملت فحصها قبل بيعها ثم انفجرت منها قنبلة أصبحت الحكومة مسئولة [١٣] . والاصل في النقد أن يكون حراً فى سبيل المصلحة العامة على شرط أن لا يكون بسوء نية والا وجب التعويض [١٤] واذا قدم بلاغ بنسبة أمر مؤاخذ عليه جنائياً وثبت عدم صحته وكان

---

(١) ٢٣ نوفبر سنة ٢٣،٥،٩٢ (٢) ٢٩ مارس سنة ١٦٣،٥،٩٣ (٣) ١٣ ديسمبر سنة ٤٨،٦،٩٣ (٤) اول ابريل سنة ١٨٦،٨،٩٦ . ويصبح صاحب المواد الملتهبة مسئولا أيضاً لأنه أخطأ فى عدم ايفاد شخص من قبله يصحب العربة فى سفرها (٥) ٢٩ ابريل سنة ٢٥٥،٨،٩٦ (٦) ١٣ فبراير سنة ١٢٩،١٤،٩٠٢ . ـ وفى الخطأ من طريق عدم الاحتياط والاهمال انظر أيضاً ٢ ابريل سنة ٢٠٧،١٤،٩٠٢ (٧) chéque (٨) ١٨ مارس سنة ١٣٠،٢٠،٩٠٨ (٩) ٣٠ مارس سنة ٣٣،٩٢١ ، ٢٤٦ وكان الفرق بين الامضاء الصحيحة والمزورة ظاهراً . اما اذا كان التشابه دقيقاً فلا يسأل لانه لا يطلب من البنك ان يكون خبيراً فنياً ماهراً (الحكم المذكور) (١٠) ٢١ مايو سنة ٢٤١،٢٠،٩٠٨ (١١) اول ديسمبر سنة ٩١٥ ، ٢٨ ، ٤٠ (١٢) ١٣ ابريل سنة ٢٠١،٤،٩٢ (١٣) ٥ يونيو سنة ٩١٢ ، ٣٨٨،٢٤ (١٤) ٢٧ ديسمبر سنة ٩١٧ ، ٣٠ ، ١٠٩

للبلغ سليم النية فلا تعويض الا اذا قدم بلاغه برعونة وطيش [١] واذا كان قرار الجامعة المصرية غير عادل فى استرجاع طالب قبل اتمام امتحاناته حق عليها التعويض [٢] ونقل المرض المعدى بطريق العدوى يعد خطأ جسيما يوجب مسئولية فاعله ولو كان ذلك نتيجة اهمال أو رعونة أو جهل [٣]

ثالثا . — فى الخطأ المدنى والخطأ الادبى

٨٠٩ — يراد بالتقصير أو الخطأ الادبى [٤] ما يمتنع الشخص عن ادائه من الوجهة الادبية الاخلاقية . فاذا وجد شخص مشرف على الهلاك غرقاً واستطاع آخر انقاذه ولم ينقذه فلا مسئولية عليه لانه لم يرتكب تقصيراً مدنياً بل ارتكب تقصيراً أدبياً ، ولان مصدر الضرر ليس الامتناع من جانب المشاهد للغرق بل مصدر الضرر موجود من قبل وهو الغرق بالذات : كل هذا لان القانون انما يوصى بأن لا يؤذى الانسان أحداً ولكنه لم يوص بأن يعمل الانسان على رفع الايذاء عن الناس ، أى ان العمل الايجابى من جانب الانسان مصدر لمسئوليته . وأما العمل السلبى أى الامتناع عن عمل ما فهو ليس مصدراً لمسئوليته الا اذا نص عليه القانون بالذات . ولكن ليس ذلك دائما صحيحاً لان الاهمال والطيش من الاعمال السلبية الموجبة للمسئولية كما قررت ذلك المواد ١٥١ فقرة ثانية أهلى و٢١٣ مختلط و١٣٨٣ فرنسى : فاذا أهملت شركة الترام وضع حارس لها على مفرق الطرق الذى تمر منه قطاراتها وحصل حادث أصبحت مسئولة عن ذلك حتى لو كان عقد التنازل المعقود بينها وبين الحكومة قد أعفاها من هذا القيد [٥] . وأما التقصير المدنى [٦] فهو الذى يخضع للاصول المدنية المقررة

رابعاً . — فى نظرية الخطأ الثنائى

أو الخطأ التعاقدى وغير التعاقدى

٨١٠ — يراد بالخطأ أو التقصير التعاقدى [٧] التقصير الذى يحصل لمناسبة عقد

---

(١) النقض المصرى ٢٤ يونيو سنة ٩٠٨ م ر ا ، ١٠ ص ٨١ . — استئناف ١٩ يناير سنة ٩١٤ م ر ا ، ١٥ ص ١١٨ (٢) استئناف ١٦ ابريل سنة ٩١٤ م ر ا ، ١٦ ص ٢٠ (٣) استئناف بلريس ٩ مايو سنة ٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٥٤٩ عدد ٤٦٥ (٤) faute morale
(٥) د ، ٩٥ ، ٢ ، ٣٦٤ . — س ، ٩٤ ، ٢ ، ٣٠٠ ; حكم خاص بمصلحة السكة الحديدية
(٦) faute civile (٧) faute contractuelle

سابق . ويراد بالتقصير غير التعاقدى أى الجنائى [١] التقصير الذى يقع دون أن يكون هناك عقد مقرر من قبل بين طالب التعويض والمسئول عن الضرر . وبالرغم من أن هذا التقسيم حتمى بالنسبة للقانون المدنى الا انه قد قامت ضجة حوله فى هذه السنين الاخيرة قال فيها البعض بعدم وجود نوعين من الخطأ . وهؤلاء هم الذين رجعوا فى التقصير الجنائى الى كونه هو الآخر تقصيراً فى التزام سابق مقرر بالقانون مثل ذلك التقصير التعاقدى المقرر بالعقد . قال بذلك بلانيول [٢]

ومع ذلك يظهر ان العمل قد جرى على تأييد هذا التقسيم الثنائى للتقصير [٣]

قلنا إن التقصير التعاقدى هو مخالفة لعقد سابق وأما التقصير الجنائى فهو الناشىء عن خبث وسوء نية أو عن عدم أخذ الاحتياطات اللازمة التى يقضى بها الحرص عند الرجل الحريص [٤]

٨١١ — واهمية هذا التقسيم ترجع الى تقدير درجة المسئولية . فالمدين فى التقصير التعاقدى يسأل فقط عن التقصير الخفيف النظرى [٥] وأما المتهم [٦] فى التقصير الجنائى فيسأل أيضاً عن التقصير الخفيف جداً [٧] ومعنى ذلك ان فى الضرر الواقع على المال يلتفت الى الخطأ الخفيف جداً أو الى أقل خطأ حصل . اذ فى التقصير التعاقدى يعتبر أن هناك تقصيراً فى الحقيقة اذا لم يقم المدين بما تعهد به أى لم ينفذ ما التزم به . أي ان القانون يقرر المسئولية فى هذه الحالة بناء على مجرد مخالفة التعهد هذا [٨] وأما فى حالة التقصير الجنائى فانه يجب ملاحظة عمل مقارنة كما كان يفعل الرومان وتعمل المقارنة بين ما هو منسوب فى الحقيقة والواقع للشخص المسئول وبين ما كان يجب أن يعمله الرجل الحريص الذى يهتم بأموره . ومما يحصل التساؤل فيه ما ذا يكون هـذا الرجل الخيالى الحريص ؟ هل يجب أن يكون مجرد رجل حريص [٩] أو رجلا حريصاً جداً [١٠] أى يجب أن يكون مثل رب الاسرة العادى المعنى بأمره [١١] أو أحسن رب أسرة يهتم

---

(١) والمراد به الجناية والجنحة المدنية faute délictuelle (٢) ج ٢ ص ٢٨٣ ن ٨٧٣ وما بعدها . — كابتان ج ص ٣٧٩ والهامش ١ (٣) dualité des fautes (٤) homme diligent (٥) faute légère أى culpa levis in abstracto (٦) délinquant (٧) faute très légère أى In lege Aquilia culpa levissima venit (٨) responsabilité du simple fait (٩) homme diligent (١٠) homme très diligent (١١) bonus pater familias

بأموره [1] . و بعبارة أخرى هل يجب أن يكون التقصير الجنائى لدى المتهم تقصيراً خفيفاً [2] أو تقصيراً خفيفاً جداً [3] ؟ والذى يظهر من ذلك كله ان المسئلة نظرية صرفة لان العبرة بمجال العمل . ومن الصعب جداً بل ومن المستحيل وضع قاعدة عامة فى مثل هذه الاحوال يمكن الاستناد اليها فى تقدير التعويض ما دام أمر التقدير يرجع فيه الى سلطة القاضى المطلقة

٨١٢ — ولكن أهمية التقسيم فى التقصير التعاقدى وغير التعاقدى ترجع أيضاً الى مسئلة الاثبات ومن هو المكلف باثبات التقصير [4] ففى التقصير التعاقدى ما على الدائن الا أن يقيم الدليل فقط على عدم الوفاء من جانب مدينه . واذا أراد هـذا الاخير الافلات من مسئولية عدم الوفاء وجب عليه اقامة الحجة على أن ذلك راجع الى غير تقصيره . والفرق بين عبئى الاثبات ظاهر . اذ أن الاول أخف من الثانى ويكاد لا يذكر بجانبه

وأما فى التقصير الجنائى فعلى طالب التعويض اقامة الدليل على حصول تقصير من جانب المسئول مدنياً أخذاً بالقاعدة المعروفة « البينة على من ادعى [5] » فاذا تعذر عليه اقامة الدليل أو استحال، رفضت دعواه . لذا كان المهم معرفته أمام القضاء ما اذا كان التقصير المنظور بالدعوى تقصيراً تعاقدياً أو غير تعاقدى

٨١٣ — وقد كان لهـذه التفرقة فى فرنسا قبل سنة ١٨٩٨ شأن يذكر أى قبل سن قانون حوادث العمال . اذ كانت المحاكم تعتبر التعويض عن حادث فى مصنع خاضعاً لحكم المادة ١٣٨٢ أى ان التقصير جنائى فعلى طالب التعويض اثباته . فكانت ترفض الدعاوى لاستحالة الاثبات أو تعذره . ولكن قام رجال الفقه واحتالوا على القانون وانتزعوا من التقصير الجنائى هذا تقصيراً تعاقدياً اذ جعلوا رب المصنع مسئولا عن رد العامل الى نفسه سليما كما استلمه سليما . قال بذلك سانكتليت [6] فى بلجيكا وأخذ برأيه قضاء بلجيكا . وقال به فى فرنسا سوزيه [7] . وجاراه القضاء

---

(1) optimus pater familias (2) culpa levis (3) calpa levissima
(4) charge de la preuve (5) actor incubit probatio (6) Seinctelette
(7) Sauzet

أيضاً في بعض الاحوال . وقد بينا ذلك في مكانه ورأينا أن الاستاذ جوسران أخذ بنظرية المسئولية الشيئية [١] أي بنظرية الخطر المستحدث [٢] باعتبار ان الانسان مسئول عن الاضرار التي تحصل للغير لسبب الشيء الموجود تحت يده ، وذلك في مقابل ما يستفيده هو من منافع الشيء ومزاياه . ورأينا أن المسوغ العلمي لهذه النظرية هو العدالة أو قاعدة الغرم بالغنم ولقد لاحظنا بادىء بدء ان القضاء المصري لم يشأ الاخذ بهذه النظرية الهامة وسنبين ذلك في مكانه . ومع انه أظهر عناداً مستمراً في عدم الاخذ بها الا انه قد بدأ يخفف من شدة أحكامه ولو من طريق جعل عبء الاثبات على عاتق رب المصنع . وهذه خطوة لا بأس بها تحكي تماماً ما قرره سانكتليت ببلجيكا وسوزيه بفرنسا ، وتحكي ما هو معروف في عقد النقل ، نقل البضائع أو نقل الاشخاص ، وفي حالة الحريق . ولعل ذلك تمهيد للاخذ بنظرية المسئولية الشيئية

ولا يكفي في طلب التعويض اثبات حصول الضرر بل يجب أيضاً اثبات ان الضرر ناشيء عن فعله أي اقامة السببية [٣] بين عمله والضرر

٨١٤ — وليس من الضروري ان يحكم دائماً بجميع التعويض بل يحصل أن يحكم ببعضه فقط أو لا يحكم به بالمرة اذا كان التقصير مشتركا [٤] فاذا مرت عربة في مفرق الطرق بسرعة دون أن تبطئ عند المرور في مثل هذا المأزق ثم مر ترام أيضاً مسرعا هو الآخر في مفرق الطرق هذا وداس العربة اعتبر التقصير واقعاً من جانب الطرفين وحكم لصاحب العربة ببعض التعويض دون الكل . واذا هم شخص بضرب آخر وضربه فعلا فتحمس هذا الآخر فقام لساعته وضربه ضربا أفضى الي موته أو الي عاهة مستديمة فلا يجوز للورثة المطالبة بالتعويض لان مورثهم هو الذي جر الضرر لنفسه بعمله . ولقد بينا ذلك في مكانه وأشرنا الي اهم الاحكام التي تعتبر رئيسية في هذا الشأن

---

(١) responsabilité objective (٢) risque crée (٣) lien de causalité
(٤) faute commune

٤ . — فى نظرية الاعتساف فى استعمال الحق

§ ١ — مصدرها عند الرومان وشرعيتها فى الوقت الحاضر

٨١٥ — أخذت نظرية الاعتساف فى استعمال الحق[١] أو الخروج عن دائرة الحق عند استعماله تشق لها طريقاً فى عالم القضاء والفقه رغم ما قام حولها من الضجة والخلاف العظيمين بين الشراح . وهى من الأهمية بمكان لأنها تتصل اتصالا مباشراً باستعمال الحق فى ذاته . اذ انه ليس من السهل القول بان الانسان يسأل عن الضرر اللاحق للغير من جراء استعماله لحقه هو لذلك كانت ولا زالت مثاراً للخلاف بين أئمة القانون[٢] ولقد كان العمل جارياً على الاخذ بالمبدأ القائل باللامسئولية . ورجع فى تقريره الى القاعدة الرومانية المعروفة القائلة بان «من استعمل حقه فما ظلم»[٣] أى انه لا يعتبر أنه قد الحق بالغير ضرراً ، بمعنى أن الانسان فى استعماله لا يسأل عما يصيب الغير من الضرر باعتبار انه لم يرتكب تقصيراً تسبب عنه الضرر

٨١٦ — ولكن يلاحظ أن هذه القاعدة الرومانية لا تنصرف فى عباراتها الى ذلك التعميم العام ولا يراد بها أن استغلال الحق بأي طريقة لا يبيح المطالبة بالتعويض : ذلك لان أولبيان[٤] قال فى هذا الشأن بان المالك اذا حفر بئراً فى ملكه وقطع على جاره ورود المياه اليه من المنبع فلا يسأل عن تعويض . ولكن قال أولبيان بان حافر البئر يكون مسئولا فيما اذا حفر بئره بطريقة ترتب عليها سقوط حائط جاره . وكذلك قال أولبيان محدثا عن مارسيلوس[٥] بانه فى الاحوال السابقة لا يسأل المالك فيما اذا عمل دون أن يكون الباعث له مجرد نية الايذاء بالجار والاضرار على الحاق الضرر به ولم يكن غرضه تنظيم ملكه وتحسينه

من ذلك يرى أن القاعدة الرومانية القائلة بان « من استعمل حقه فما ظلم »

---

(١) théorie de l'abus du droit (٢) كابتان ص ٣٨٢ . - بلانيول ص ٢٧٨ ن ٨٧١ وما بعدها . انظر الخلاف القائم بين بلانيول وجوسران وراجعه فى بلانيول ج ٢ ص ٢٧٨ - ٢٨١ ن ٨٧١ وفى جوسران بكتابه القيم de l'abus des droits طبعة سنة ١٩٠٥ وانظر كتاباً وضعه المرحوم الدكتور محمود فتحى المحامى La doctrine musulmane de la théorie des droits, 1912

(٣) Neminem laedit, ou, nemo damnum facit, qui suo jure utitur أى celui qui use de son droit ne lèse personne (٤) Ulpien (٥) Marcellus

هى قاعدة يجب فى تقريرها ملاحظة عدم تعميمها بحيث تشمل أيضاً نية الاضرار بالجار

٨١٧ — والواقع أن الحق فى الحياة ملحوظ فيه المنفعة الشخصية والمنفعة الاجتماعية . أما منفعة الانسان الشخصية فهى المصلحة التى تعود عليه مباشرة . والمصلحة الاجتماعية هى ما يعود على المجتمع الانسانى من الانتفاع بالحق انتفاعا صالحا ، الغرض منه تحصيل مصلحة [1] فاذا صرف صاحب الحق استغلاله الى إرضاء نزعة نفسانية قامت به فانه فى هذه الحالة لا يعتبر بأنه يحصل منفعة شخصية له مرتبطة كل الارتباط بالمصلحة العامة ، لحصول التناقض بين مجرد نية ايذاء الغير ومصلحة الجماعة. لذا يعتبر صاحب الحق فى هذه الحالة مقصراً سواء قيل بانه كان بعيداً بالمرة عن الحق أى أنه كان خارجا عن منطقة الحق كما يقول بلانيول أو أنه تعسف فى استعمال حقه فارتكب خطأ عند الاستعمال كما يقول بذلك جومران وغيره [2]

٨١٨ — أما القضاء الفرنسى والمصرى فانه قد أخذ بهذه النظرية فى جميع وجوهها وصرفها الى المعنى الذى يتفق مع روح العدالة والحق الصراح. واننا موردون هنا بعض الاحوال العملية التى قرر فيها القضاء الاخذ بنظرية الاعتساف فى استعمال الحق ، أى أنه حكم بتعويض فى كل مرة ظهر له فيها أن صاحب الحق قد أراد الايذاء ، لا مجرد تحصيل مصلحة ، أو أنه أساء استعمال الحق فلم يحتط فيه بحيث ترتب عليه حصول الضرر للغير

§ ٢ . ـ مصادر نظرية الاعتساف

فى استعمال الحق بالقوانين المصرية

٨١٩ — ان الشارع المصرى لم يجهل هذه النظرية . وان كان لم يشترع لها شريعة خاصة ولم يعقد لها باباً معيناً بالقانون الا أنه لم يفته الاخذ بها وقد استند اليها فى مواطن معينة .

١ . ذلك انه قال بها فى حالة عدم الجواز لمالك السور الفاصل بينه وبين جاره فى

(١) ١٨ ابريل سنة ٩١٢ . ٢٤ ، ٢٩٩ (٢) ٢٩ يناير سنة ٩١٣ ، ٢٥ ، ١٥٣

هدمه بدون مسوغ[1] فقد قررت المادة ٣٨ / ٥٩ مدنى أن« ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الارض التى عليها الحائط المذكور . ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه لمجرد ارادته اذا كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستند ملكه بحائطه ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوى » والجار مالك لحائطه فهو فى حل من أن يتصرف فيه كيف يشاء بهدمه و بغير هدمه . ولكن اذا أراد هدمه فهو لا يهدمه إلا اذا كان لديه سبب قوى يدعوه لذلك . والسبب فى هذا القيد مصلحة الجار الذى ترتبت له مصلحة ظاهرة فى استناد ملكه على الحائط . اذ فى هدم الحائط تقويض لبيت الجار . ولم يبن الجار و يستند الي الحائط إلا أنه يعتقد بحق وجود الحائط وان وجودها مستقر طالما بيت صاحب الحائط مستقر . وهذه العقيدة الشرعية ، كما يقول ليفى (ن ٨٠٢) هى التى كونت للجار غير المالك للحائط حقه على تلك الحائط . ولا يجوز حينئذ العبث بهذا الحق . ولكن لما كان هذا الحق مرتكزاً الي حق صاحب الحائط فهو يوجد و يزول بوجوده و زواله . ولكن لا يزول بزواله الا اذا كان الزوال مشروعا . وأما اذا تعمد صاحب الحائط هدمه تنكيلا بجاره فانه لا يعمل وقتئذ الا على استخدام حقه فى غير ما شرع له من جهة الفرد ومن جهة الجماعة . وعلى ذلك يمنع . واذا أتم الهدم جاز اعادة البناء بماله ، وتكليف الجار باقامته والرجوع على خصمه بما صرفه

٢ . — **فى فصل المستخدم والعامل فى وقت غير لائق**[2] اذا كان العامل يعمل مع رب العمل لزمن معين شهراً أو سنة أو أكثر فلا يجوز لرب العمل فصل العامل قبل حلول الاجل، إلا لاسباب مشروعة طبعاً . فاذا فصله حق عليه التعويض وتقول فى ذلك المادة ٤٠٤ / ٤٩٢ مدنى ما يأتى : « اذا لم تعين مدة الايجار فى العقد جاز لكل من المتعاقدين فسخ العقد فى أى وقت أراد بشرط أن يكون في وقت لائق للفسخ » وتصدق هذه القاعدة أيضاً على موظفى ومستخدمى الحكومة ولو أن العقد بين الحكومة والموظف عقد يختلف فى كيانه القانونى عن عقد الايجار العادى لان من أخص خصائص هذا العقد بين الموظف والحكومة المصلحة العامة المنشودة منه

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٦ ن ٢٢ (٢) intempestivité du renvoi

٣ — التعويضات فى الدعاوى الكيدية والمادة ١١٥/ ١٢٠ مرافعات و ١٣٢ فرنسى : قررت هذه المادة المصرية ما يأتى : يجوز للمحكمة فى جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات فى مقابلة المصاريف [١] الناشئة عن دعوى [٢] أو مرافعة [٣] كان القصد بها مكيدة الخصم [٤] » وقررت المادة ١٣٢ من القانون الفرنسى : « وكلاء الدعاوى [٥] والمحضرون اذا تخطوا حدود وكالتهم ، والاوصياء [٦] والقامة [٧] والورثة على شرط الجرد [٨] وكل من كلف بادارة عمل من الاعمال [٩] اذا جروا فى أعمالهم على الاضرار بمصالح من وكلت اليهم الاعمال [١٠] ، يجوز إلزامهم شخصياً [١١] بالمصاريف مع جواز الحكم عليهم أيضاً اذا اقتضت الحال بالتعويضات والفوائد . مع جواز مؤاخذة الوكلاء والمحضرين والاوصياء والقامة اذا دعت جسامة الحال لذلك » والمادة المصرية باعتبارها مأخوذة عن المادة الفرنسية برغم تشويه بسيط يرجع لصيغة التعبير [١٢] انما تقرر التعويض اذا كانت الدعوى كيدية أو الدفاع كيديا . ويراد بالدعوى الكيدية اذا رفعت ولم يرد بها سوى التشهير بالخصم والحاق الاذى به وترديد صدى الدعوى فى الاوساط المعروف فيها هذا الخصم بما يحتمل أن يمس سمعته أو أن يضايقه على الاقل . أى الدعوى الفاسدة من أساسها والمشفوعة بنية الايذاء . والدفاع الكيدى ما يتعمده صاحبه كيداً لخصمه وللنيل منه بان يغيب مثلا ثم يرفع معارضة ويرفع استئنافا والتماس اعادة نظر وهكذا من أنواع المضايقات التى وان كان القانون قررها باعتبارها وسائل يستعان بها فى تصحيح الاغلاط القضائية فانه لم يقررها الا لهذا الغرض . ولم يشرعها لتكون أداة لاهل الغل والحقد يستعينون بها فى مكايدة الناس وتعكير صفائهم واقلاق راحتهم

وقد نصت الفقرة الجديدة فى مادة ١١٨ مرافعات مختلط المدخلة بالقانون نمرة ٣٣ لسنة ٩١٣ على جعل مصاريف كل الاجراءات التى اتخذت لمجرد التعطيل وخصوصاً

---

(١) dommages-intérêts pour dépenses (٢) action (٣) défense
(٤) vexatoire (٥) avoués (٦) tuteurs (٧) curateurs (٨) héritiers
(٩) administrateurs (١٠) auront compromis (١١) en leur nom bénéficiaires

(١٢) ذلك التشويه الذى استند اليه حكم منعزل فى عدم الحكم بتعويض ، عند التنكيل بالخصم دعوى ودفاعاً ، خارجاً عن مقدار المصاريف فقط . وحجته ان الشارع المصرى خالف الشارع الفرنسى فى الصيغة : وهو حكم غير وجيه وقضت عليه الاحكام الاخرى

مصاريف الاحكام الغيابية على عاتق من تسبب فيها ولو كسب الدعوى فى النهاية [1]

ويقرب من ذلك ايضاً ما قرره القضاء المختلط المصرى بجواز قبول الدعوى التحريضية [2] حيث يجوز للشخص أن يرفع الدعوي على خصمه الذى أخذ يقول فى كل آن ومكان باشتغال ذمة المدعى بدين له [3]

§ ٣ـ المظاهر العملية لنظرية الاعتساف في استعمال الحق

٨٢٠ ـ الذى تجب ملاحظته أن في نظرية الاعتساف في استعمال الحق يجب مراعاة ان الحق ذاته هو أساس هذه النظرية . أى أنه رغم أن صاحب الحق انما يستعمل حقه الا أنه مع ذلك مسئول عن الضرر الحاصل للغير

ولذا تجب التفرقة بين حالتين كما بينا ذلك عند الرومان فيما قرره « أولبيان » عن نفسه وعما قرره محدثا عن مارسيلوس : حالة ما اذا كان الانسان يستخدم حقه متوخيا الانتفاع من الحق ، وحالة استخدام الحق لمجرد التنكيل بالغير والتشفى منه

٨٢١ ـ **الحالة الاولى : حالة استخدام الحق استخداماً جدياً** . في مثل هذه الحالة لامسئولية مطلقاً مهما وقع من الضرر للغير . والامثلة على ذلك كثيرة منها :

١) اذا هددت نقابة صناعية رب مصنع بالاضراب بسبب انه لا يدفع الاجرة المتفق عليها أو انه يعمل فى أن لا يستخدم العمال التابعين للنقابة : لا تعويض طالما أن النقابة انما تعمل هى الاخرى لاجل المحافظة على مصالحها أى مصالح عمالها

---

(١) راجع فى هذا الموضوع مرافعات الدكتور ابو هيف بك بند ٢٢ ص ٤٨ والحاشية عليه وكذلك بند ٧٥ وخصوصا بند ٤٠٨ والحاشية الطويلة عليه بما فيها من المراجع الهامة.وفى كيفية طلب التعويض عن الدعوى الكيدية راجع فيه بندى ٥٢٧ و ١١٠١. وبشأن تقدير ما يحكم به فيها راجع بند ١٠٩٧ وما بعده وفيه شرح المادة ١١٨ مرافعات مختلط جديدة التي جاءت عامة فى هذا الموضوع حيث جعلت مصاريف كل الاجراءات التى اتخذت لمجرد التعطيل على عاتق من تسبب فيها ولو كسب الدعوى فى النهاية . ـ راجع فى كل ذلك ايضا مرافعات الدكتور عبدالفتاح بك ص ٤٣٨ ـ ٤٣٩ ن ٤٨٢ (٢) actions provocatoires ويسميها الدكتور عبد الفتاح بك دعوى قطع النزاع (انظر مرافعاته ص ٣١٠ ن ٣٢٣ (٣) راجع فى ذلك مرافعات الدكتور ابو هيف بك الطبعة الثانية سنة ١٩٢١ ص ٣٣٦ وما بعدها ن ٤١٥ . ـ وقارن ذلك بالدعاوى الاستفهامية actions interrogatoires . راجع الكتاب المذكور ص ٣٢٧ ن ٤١٦ وفيما يتعلق بالدعوى الاستجوابية action interrogatoire أنظر مرافعات الدكتور عبد الفتاح بك ص ٣١١ ن ٣٢٣

٢) اذا أضرب العمال للمطالبة بزيادة فى الاجرة أو اذا اتفق أرباب المصانع فيما بينهم على أن يغلقوا مصانعهم فى وجوه العمال [١] رداً على تهديد العمال لهم بالاضراب

٣) اذا قدم شخص بلاغاً يتهم فيه آخر بالسرقة أو التبديد وكانت هناك أمارات تشفع له فى تقديم البلاغ دون أن يكون بلاغه مشفوعاً برعونة وطيش وحمق

٤) اذا قدم الانسان بيانات عن شخص بحسن نية ولكنها أضرته فى سمعته أو عمله.

٥) اذا فتح الانسان محلا تجارياً فقضى به على جارله يتاجر مثله فى الاصناف بعينها

٦) اذا نفذ الدائن حكمه بحسن نية واخذ اختصاصات ووقع جملة حجوزات وألغى الحكم بعد ذلك ما دام انه لم يثبت بانه غش أو دلس [٢] ولكن يصح القول بعكس هذا المبدأ اذا أخذنا بنظرية الخطر المستحدث [٣] بمعنى ان كل انسان يتحمل نتائج عمله إنْ نفعاً أو ضراً . وربما كان هذا هو الاصح [٤]

٧) اذا رفضت الحكومة التصريح لطبيب بالاحتراف بالطب اذا تبين لها ما يدعو الى الرفض [٥] . وجاء فى الاسباب ما يأتى : «ان الحكومة تملك الاعطاء . ومن يملك الاعطاء يملك طبعاً الحرمان، لان من يملك الكثير يملك القليل . الا انه يتعين على المحاكم ان تراقب ما اذا كان الحرمان نتيجة عنت من الحكومة فتكون ملزمة حتما بالتعويض . أما اذا كان السبب مقبولا فتكون فى حل من عملها » . اه

٨) واذا أبدت مصلحة أميرية رأيها لمصلحة أخرى بعدم استخدام المستخدم المنفصل فلا مسئولية على المصلحة الاولى على شرط حسن النية [٦]

٩) اذا استنفذ الخصم فى الدعوى جميع وسائل الطعن ولم يفلح فلا تعويض عليه ما دام انه لم يعمل بقصد التنكيل والتشفى [٧]

فى هذه الاحوال لا محل للتعويض ما دام انه لم يكن هناك خروج أو تعسف [٧] في استعمال الحق

(١) lock-out (٢) ٢٤ مايو سنة ٩٣، ٥ ، ٣٠٨. ـ ٣٠ نوفمبر سنة ٩٣، ٦، ٥٥ (٣) risque
(٤) نذكر تأييداً لرأينا هنا ماقرره الدكتور ابو هيف بك فى كتاب التنفيذ بند ٨٣ عن تنفيذ الحكم نفاذا معجلا قبل ان يصبح نهائياً قال : «ومحاكم فرنسا وشراحها ونحن معهم على انه يكون مسؤولا عن التضمينات بمجرد الغاء الحكم الابتدائى الذى تعجل فى تنفيذه . وقد قرر الرأى الآخر مرتكنا الى ان هناك مخاطرة بالتنفيذ قبل ان يصبح الحكم نهائياً » وبالحاشية تفصيل آخر وأحكام جديدة بالمعنى الذى تؤيده (٥) كلى ٢٥ مارس سنة ٩١٦ م ر ا ، ١٧ ص ١٢٧ (٦) استئناف ٢٦ ديسمبر سنة ٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٥٣٨ عدد ٤١٢ (٧) ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥، ١٧، ١٠٠
(٧) abus

٨٢٢ — الحالة الثانية : فى حالة الخروج عن الحق وقت استخدامه :
هذه الحالة ترجع هى أيضاً الى نوعين : اما أن يكون صاحب الحق لم يحتط فى استعمال حقه. وإما انه تعمد الأيذاء. ونرى أن نضرب لكل منهما أمثلة عملية مستقاة من عالم القضاء.

٨٢٣ — النوع الاول : لم يحتط صاحب الحق عند استعمال حقه الاحتياط اللازم. مثال ذلك :

١) فى عقد ايجار الاشخاص من غير مدة معينة يجوز لكل من العاقدين فى أى وقت يشاء فسخ عقده. فيجوز لرب العمل فصل عامله فى أى وقت يشاء . ولكن هناك أحوال يعتبر فيها استعمال هذا الحق خطأ كما اذا فصل العامل فى وقت غير مناسب ولم يستطع البحث عن عمل، أو فصله بعد أن أمضى زمناً طويلا فى خدمته [1] أو فصله بعد ان أحضره من مكان بعيد وأضاع عليه فوائد جمة كان يحصل عليها فيما اذا ظل كما كان من قبل.

ومناط القاعدة فى مثل هذه الاحوال هو أن الانسان يجب أن يعمل عند استعمال

---

(١) ٩ ديسمبر سنة ٩٠٨ . ٢١ ، ٤٦ حتى لو انذره قبل فصله بشهرين وكانت له مدة ٣٤ سنة بالخدمة حسن السيرة والعمل . ويعتبر فصلا فى وقت غير مناسب مضايقة العامل حتى يستحيل عليه العمل فيستقيل : ١٤ ابريل سنة ٩٠٩ ، ٢١، ٢٩٦ . ـ ويجوز فصل العامل باليومية فى أى وقت دون تعويض : ١١ ابريل سنة ٩١٧ ، ٢٩ ، ٣٦١ . ـ ولا يسأل صاحب العمل عن جنون العامل بسبب طرده : ١٦ مايو سنة ٩١٧ ، ٢٩، ٤٢٨ . ـ ٢٠ ابريل سنة ٩٢٠ م ر ١ ، ٢٢ ص ١٣١ عدد ٨١ . ـ ونظرية الفصل فى غير وقت لائق تصدق ايضاً على الحكومة مع موظفيها ويجوز الجمع بين طلب المعاش وطلب تعويض تسبب ذلك : الدوائر المجتمعة الاهلية فى ٢ فبراير سنة ٩٢٢ م ر ١، ٢٣ ص ٢٤ عدد ١٦ . ـ واذا وقع العامل على شرط من شروط عقد الاستخدام contrat d'engagement بأن ليس له حق التعويض بعد مؤاخذته تأديباً وفصله كان الشرط صحيحاً : ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ ، ٣١ ، ١٣٤ ، وراجع الاحكام الكثيرة الواردة بالتعليق . ـ وليس للعامل أو المستخدم حق فى التعويض اذا كان سبب خروجه خطأ وقع منه : ٢٩ مايو سنة ٩٢٣ ، ٣٥، ٤٦٩ . او كان السبب فى فصله عدم الثقة به : ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ ، ٣٥ ، ٥٢٤ . ـ وان كان لسردار الجيش حق احالة اى ضابط على الاستيداع الا ان للمحاكم مع ذلك الحق فى البحث فيما اذا كانت هذه الاحالة قانونية ام لا للحكم بتعويض فقط دون المساس بأمر الاحالة فى ذاته : استئناف ٢٨ فبراير سنة ٩٢٢ ، ٢٤ ص ١٣٠ عدد ٧٤ .

حقه بكل احتياط وتبصر تقضى بهما حالة الرجل الذى يهمه أن لا يعمل ما فيه الاضرار بالغير .

٢) اذا خرج الجار عن مألوف الجوار وأضر جاره [١]

٣) فى حالة الاشغال العامة [٢] يجوز مطالبة وزارة الاشغال بتعويض اذا كانت طبيعة الاشغال العامة هذه تتعدى المألوف عادة بين الجيران فيما يتحملونه بحكم العادة فيما بينهم وبحكم الجوار [٣]

٤) اذا استخدم دائن وسائل التنفيذ ضد مدينه فأرهقه باستخدامها ارهاقاً أضرَّ به . كما اذا لجأ المالك المؤجر الى توقيع حجز تحفظى عن دين متنازع فيه على منقولات المستأجر فعطل عليه العمل . فى هذه الحالة يجوز الحكم عليه بتعويض

وكذلك أيضاً فيما اذا أخذ الدائن حكما بالدين مشمولا بالنفاذ وسار فى اجراآت التنفيذ . ثم قضى فيما بعد بأن النفاذ لم يكن فى محله. نعم ولو أن الحكم بالنفاذ هو من عمل القاضى ولكن الدائن هو الذي طلبه وهذا الذى انتفع به وكان الاحوط له أن لا يلتجىء الى التنفيذ المعجل الا اذا تأكد أن الحكم لم يلغ فاذا خاطر بالتنفيذ تحمل نتائجه [٤] وذلك حتى لا يعرض مدينه الى ضرر ناشىء عن تعطيل حركة أعمال وسوء السمعة والقالة . واذا فرض وكان أمر النفاذ مشكوكا فيه من الوجهة القانونية أى أن القضاء أو الفقه على خلاف فيه فعلى الدائن تبعة عمله لان الضرر حصل بفعله لا بفعل المدين فكان يجب عليه أن يمتنع عن طلبه حتى لا يعرض نفسه فيما بعد للتعويض وهذا هو نفس نظرية الخطر المستحدث كما بينا ذلك فى مكانه

٨٢٤ — النوع الثانى . تعمد صاحب الحق عند استعماله نية الاضرار بالغير :

فى هذه الحالة اذا استخدم حقه ولكنه صرفه لقضاء شهوة فى نفسه كالانتقام أو مجرد الايذاء أو التمتع برؤية متاعب الغير وخسارته ، لا لاجل تحصيل منفعة عمرانية

(١) ٢١ مارس سنة ٩٥ ، ٧ ، ١٩٨ . وللمالك الجار حق هدم منزله وبنائه ولو ترتب على ذلك ضرر بالجار . انما يجب عليه اخبار الجار فى وقت مناسب بعزمه على الهدم حتى يتخذ الجار حيطته فى أن لا تتصدع حوائط بيته : ١٧ يونيو سنة ٩١٦ ، ٢٨ ، ٤١٥ . — ٢٢ فبراير سنة ٩١٧ ، ٢٩ ، ٢٤٧ .

(٢) travaux publics (٣) انظر مقالا كتبه هورو Hauriou بمجلة س ٩٥ ، ٣ ، ١

(٤) راجع المراجع المذكورة فى الحاشية على نبذة ٨٢٢

أو فائدة مشروعة ، وجب عليه تحمل الضرر الناشىء عن عمله

وقد قال بذلك الرومان وقال به أيضاً من جاء بعدهم وهذه قاعدة هامة من شأنها أن تصلح من أمر الجماعات وتضرب على أيدى الذين يعبثون بالمصالح الشخصية والعامة بحجة انهم يستخدمون حقوقهم

وقد قررها القانون الالمانى الصادر سنة ١٩٠٠ بالمادة ٢٢٦ باعتبار أن سوء النية يعتبر فى ذاته خطأ . وليس من شأن تقرير هذه القاعدة إماتة روح النزعة الى العمل لدى من يكدون ويعملون . نعم وإن لم يكن من السهل فى بعض الاحيان الوقوف على حقيقة النية باعتبارها عملا نفسانيا ، الامر الذى يترتب عليه الوقوع فى الخطأ عند البحث والتمحيص، الا أن العمل قد دل فى القضايا الخاصة بهذا الشأن على أن هذه القضايا تكون فى الغالب مشمولة بوقائع [1] تنم عن الغرض الذى كان ينشده صاحب الحق . ولذلك نقول بحق أن الخوف من البحث النفسانى فى هذه الحالة لا محل له طالما أن الدعاوى أمام القضاء مشخصة لوقائع مادية ولم تكن خيالا تمرح فى مسارح النفس كما يتخوف منه خصوم هذه النظرية وعلى رأسهم بلانيول

٨٢٥ — أما الامثلة على هذا النوع فكثيرة منها :

١) رفع الدعوى على سبيل التنكيل وبقصد التشهير . كذلك الغياب فى الدعوى ثم عمل معارضة ثم رفع استئناف ثم الغياب ثم عمل معارضة ثم الختام بالتماس . ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١١٨ مرافعات مختلطة على جعل مصاريف كل الاجراءات المتخذة لمجرد التعطيل على عاتق من تسبب فيها . ولو كسب للدعوى فى النهاية (ن ٨١٩ نمرة ٣) . أو ليست المادة ٣٧٨ / ٤٣١ مرافعات تقول بالتعويض فيما اذا حكم برفض الالتماس ، أي يحكم بالتعويض حكما لا يستأنف ومن غير طريق اتباع سبيل الدعوى العادي فيحرم الملتمس بذلك من حق الدرجة الدرجة الاولي والثانية [2] ؟

---

(١) faits (٢) ولا يجوز طلب التعويض لاول مرة امام الاستئناف. ٢٠ ديسمبر سنة ٩٣، ٦، ٧٢.- ويحكم بالتعويض على من قدم ورقة بالدعوى وحكم بتزويرها اثناء نظر الدعوى: ١٩ مايو سنة ٩٧، ٩، ٣٤٦.- ولا يعتبر الحكم بالتعويض عقوبة. — ويقضى بالتعويض على من طلب الحكم بالتحقيق فاجيب الى طلبه ثم تنازل عنه بعد ان اعد خصمه المعدات لذلك : ٢ فبراير سنة ٩٠٥، ١٧، ٩٠٧.- والضوابط المقررة بقانون المرافعات والاجراآت المنوه عنها به لم تقرر الا لاجل حماية الحقوق الجدية لا لاجل ايجاد عراقيل ومشاغبات بقصد المعاكسة والتنكيل: ٢١ فبراير سنة ٩١٣، ٢٥، ١٥٣

كذلك فيما اذا طعن الخصم بالانكار أو بالتزوير ولم يكن غرضه الا التشفى من خصمه [1] وأيضاً اذا أنكر الخصم على خصمه أنه وارث معه ، كأن ينكر عليه اخوته له ثم تثبت بالقضاء الشرعى هذه الاخوة وكان الانكار منصرفاً الى التنكيل

٢) اذا أرادت الحكومة التخلص من موظف فقد تعمل على تعيينه بوظيفة تريد الغاءها فتنقله من وظيفته الاولى الباقية بالميزانية ثم تلحقه بالوظيفة الأخرى التى ستلغى بالميزانية [2] نعم ان أمر الميزانية معقود بالمصلحة العامة ولا سلطان للقاضى فى ذلك لان أمر الغاء الوظائف وابقاءها يرجع لسلطة الحكومة المطلقة طبقاً لما تراه هى فى ميزانيتها الا ان التعمد فى التخلص من موظف ونقله من وظيفته الباقية الى

= ولا يعتبر الانسان مخطئا اذا استخدم حقه فى مقاضاة خصمه امام القضاء فيما يقع بينه وبين خصمه من النزاع، انما اذا استخدم صاحب الحق حقا برعونة وعدم حيطة او استخدمه بعناد وعنف فقد حق عليه التعويض: ٥ ديسمبر سنة ٩١٧، ٣٠، ٧٢ وكذلك اذا هناك خطأ جسيم: ١٣ ديسمبر سنة ٩٢٣، ٣٦، ٨٤. ـ ولا يترتب مطلقا على كل من خسر دعواه ان يلزم بتعويض: اول مايو سنة ٩١٨، ٣٠، ٤٠١. ـ ١١ مايو سنة ٩١٨، ٣٠، ٤٢٣. ـ وتعتبر كيدية الدعوى المرفوعة بطلب اشهار افلاس عضو فى شركة سبق اشهار افلاسها، مع ان يسر العضو ظاهر وملاءته لا شبهة فيها وان الدين المطالب به تافه لا يستحق معه القول بعدم دفعه من جانب هذا المدين الذى لم يفصل بعدفى الدين المطلوب منه: ٣ ديسمبر سنة ٩١٩، ٣٢، ٤٢. ـ واذ امتنع المدين عن الدفع للدائن لسبب معلوم ثم طلب الدائن اشهار افلاس المدين جاز مطالبة الدائن بتعويض باعتبار ان طلبه هذا طلب كيدى وعلى الاخص فيما اذا كان يعلم ان مدينه ملىء: ٢٨ نوفمبر سنة ٩٢٣، ٣٦، ٥٦. واذا اتفق العاقدان على ان للدائن حق اختيار اى محكمة ما كان الاتفاق صحيحا. ولكن لا يجوز مع ذلك للدائن ان يستعمل هذا الحق بطريقة تعسفية يقصد بها مجرد النكاية بخصمه: جزئى ٣ مايو سنة ٩٢١ م ر ا، ٢٤ ص ١٥ عدد ١١. ـ المحاماة ٢ ص ٤٠٣ عدد ١٢٩. ـ ويجوز التعويض عن الضرر المادى والادبى فى حجز توقع من طريق التنكيل: استئناف ٢٩ يناير سنة ٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢١٠ عدد ١٥٥ (١) كلى ٢٧ اغسطس سنة ٩١٠ م ر ا ١٢ ، ٢٢

(٢) استئناف ١٧ يناير سنة ٩١٨ م ر ا ، ١٨ ص ٥٨ . ويأخذ القضاء بنظرية الفصل فى وقت غير لائق . ـ انظر استئناف ٢٤ ابريل سنة ٩١٧ م ر ا ١٨ ص ١٣٤ . ـ واستئناف ٢ ابريل سنة ٩١٨ م ر ا ، ١٩ ص ١٢٦ . ـ واستئناف ٢١ مايو سنة ٩١٨ م ر ا ، ١٩ ، ١٤٣ . واستئناف ٢٠ مارس سنة ٩١٩ بصحيفة الاهرام فى ٢٢ اغسطس سنة ٩١٩ . ـ واستئناف ١٠ نوفمبر سنة ٩٢١ م ر ا . ٢٣ ص ١١٩ عدد ٧٦ . ـ واذا صدر عزل الموظف بمجلس تأديب فلا محل للتعويض الا اذا ثبت ان المجلس تشكل تشكيلا مخالفاً للقانون : كلى ٢١ فبراير سنة ٩١٧ م ر ا . ٢٢ ص ٩٠ عدد ٥٣ . ويجوز اعطاء اعلان بالرفت للمستخدم وله طلب تعويض اذا لم يعط له وترتب عليه ضرر له : استئناف ١٩ ديسمبر سنة ٩٢١ م ر ا ، ٢٤ ص ٤٨ عدد ٢٩ الحقوق ٢٧ ص ١٧١

وظيفة ملغاة بقصد التخلص منه : هذا هو الذى لا يبيحه القانون . ويسمى ذلك سوء استعمال السلطة فى غير ما وضعت له [1]

٣) اذا عملت نقابة صناعية على الاضرار برب مصنع باضراب العمال لا من طريق تحقيق حقوق لها بل بقصد الحاق الاذى به

٤) اذا نقد ناقد مقالا أو كتاباً أو قطعة روائية وأراد بنقده أن ينال من خصمه بالتشهير والتسوىء ولم يرم الى خدمة الادب أو الفن

٥) اذا بنى مالك حائطا بينه وبين جاره لا لمنفعة يرجوها بل ليكيد لجاره حتى يمنع عنه الضوء والهواء . ولكن لا تعويض اذا سلك الجار مسلكا غير مرغوب فيه بما تألم منه المالك فأقام هذا الاخير الحائط حتى يكون بمأمن من سوء فعل جاره [2]

٦) اذا وضع المالك لارض فضاء أخشاباً بأرضه هذه وجعل فى أطراف الاخشاب شوكا وحسكا حتى يحول بين الجار وبين انتفاع هذا الاخير بملكه الذي أعده مطاراً للطيارات وحتى تخشى الطيارات الطيران والاقتراب من هذا المطار خوفاً من انها فيما اذا مست الشوك اصيبت بتلف وعطب

٧) اذا رفضت الحكومة اعطاء رخصة لمن يستحقها دون ان يكون لدى الحكومة سبب مشروع فى الرفض [3]

---

(١) détournement de pouvoir

(٢) وبوجه عام لا يجوز للمالك ان ينتفع بحق الملكية انتفاعاً تعسفيا سواء أراد بذلك مجرد الاعتزام انزال الضرر بالغير ، او انه لم يعبأ بالجار فوقع الضرر : ٦ ابريل سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ١٨٩ . ٣٠ ابريل سنة ٩٠٣ . ١٥ ، ٢٦١ . ـ ٩ فبراير سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ١١٧ . وحق الجار مربوط بحقوق جيرانه : ٣ مايو سنة ٩١١ ، ٢٣ ، ٢٩٨ . ـ ولا يجوز ان يكلف المالك فى سبيل المحافظة على حقوق الجوار ومجاملاته باكثر مما يلتزم به عادة وقانوناً : ١٤ فبراير سنة ٩١٢ ، ٢٤ ، ١٣٦ . - وفى تقدير حقوق الجوار بين جارين متنازعين يجب الرجوع للعدالة وتحقيق الضرر بقدر ما يمكن : ١٧ يناير سنة ٩١٨ ، ٣٠ ، ١٥٨ . - وحقوق الجيران مرتبطة بعضها ببعض . واذا استخدم المالك الجار حقه بقصد اضرار الجار اعتبر عمله تعسفيا او عملا غير مشروع acte abusif ou illicite اذا لم يبد صاحبه سببا معقولا يجيز له هذا العمل كأن يبدى ضرورة من الضرورات او مصلحة حقيقية ينشدها من ورائه : ١٧ ابريل سنة ٩١٩ ، ٣١ ، ٢٥٢ (فيما يتعلق بارتفاع الحائط والمادة ٦٦٣ مدنى فرنسى التى لا مثيل لها بالقانون المصرى) محكمة استئناف نانسى بفرنسا ١٢ ابريل سنة ٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٣٨٩ عدد ٣١٨

(٣) جزئى ٢٦ مارس سنة ٩١١ م ر ا ، ١٢ ص ٢٨٩ . ـ محكمة الرمل المركزية فى ١٢ مارس سنة ٩١٢ م ر ا ، ١٣ ص ٢٨٦

§ ٤ ــ فى اصلاح الضرر عند الاعتساف فى استعمال الحق

٨٣٦ ــ الضرر فى الاعتساف بالحق إما أن يكون ضرراً عاديا وإما أن يكون غير عادى . فان كان عاديا فلا مسئوليـة فيه ولا محل لاصلاحه . واذا كان غير عادى فلا سبيل فيه إلا للتعويض فقط . ولا تجوز المطالبة بإزالة مصدر الضرر . وأما اذا كان الضرر ناشئاً عن التعسف فى استعمال الحق بالمعنى الدقيق وكان المتسبب فيه يعمل وسوء النية يدفعه الى الايذاء ، فانه يجوز فى هذه الحالة المطالبة بتعويض [1] أو المطالبة بإزالة مصدر الضرر ، أو المطالبة بمنع المتعسف من استعمال حقه [2]

---

(١) ويجوز ان يسوى التعويض بحصول المقاصة فى مصاريف الدعوى ١٢ ديسمبر سنة ٩٥ ، ٨ ، ٤٠ . واذا اخسر المالك دعواه فى وضع اليد وكسب دعواه فى الملكيه فلا يجوز له الرجوع بمصاريف دعوى وضع اليد : ٢٨ مارس سنة ٩١٨ ، ٣٠ ، ٣٢٠ ــ ولا يعتبر التعويض غرامة amende : ٢٩ ابريل سنة ٩٧ ، ٩ ، ٣٠٤ ولا يعتبر عقوبة ١٩ فبراير سنة ٩٠٣ ، ١٥ ، ١٥٥ ــ ٢١ ديسمبر سنة ٩٠٤ ، ١٧ ، ٤٠ . ــ ٦ مايو سنة ٩٠٨ ، ٢٠ ، ٢١٠ (٢) كما إذا اراد المستأنف ان يتنازل عن استئنافه بطريق الخدعة والغش حتى يحول بين خصمه وبين تمكنه من رفع استئناف فرعى : ١٤ يونيو سنة ٩١١ ، ٢٣ ، ٣٦٦ . ــ ويجوز للمحكمة ان ترفض اجابة طلب الخصم فى الطعن بالتزوير اذا تبين انه كيدى وكذلك فيما يتعلق بالطعن بانكار التوقيع او الامضاء او الختم . ١٦ يناير سنة ٩٢٤ ، ٣٦ ، ١٥٦ . ــ ١٠ مايو سنة ٩١١ ، ٢٣ ، ٣٠٨ . ــ وما دام العدل justice يأمر بان لا يقبل من الانسان عمل تعسفى abus فكذلك يجب القول بانه لا يجوز تمكين هذا الانسان من الانتفاع من نتائج الامتناع عن عمل abstention ذلك الامتناع الذى يقصده الشخص حتى يكون له منه فى المستقبل وسيلة من وسائل طلب البطلان moyen de nullité : ٢٣ مارس سنة ٩٢١ ، ٣٣ ، ٢٣١ (والدعوى كانت خاصه باشكال فى التنفيذ امام قاضى الامور المستعجلة . وصاحب الاشكال يدعى بان الحكم ليس صادراً فى مواجهته . وقد تبين بانه يعمل على ان يصدر الحكم فى غير مواجهته وسخر آخرين حتى يكون ذلك ذريعة للحيلولة بين الحكم الذى يصدر بالملكية وبين تنفيذه فيدعى عدم اعتباره حجة عليه . فقضى القضاء بان سعى الشخص من قبل فى تدبير امر البطلان فيما بعد سعى تعسفى لا يبيح له التمكن من الاستفادة منه فيما بعد) ومن حق المدعى او المستأنف ان يترك حقه فى المرافعة او الاستئناف الا ان ذلك غير جائز اذا كان فيه ضرر للخصم بان احتفظ التارك الحق فى الرجوع فى الخصومه من جديد : استئناف ٥ مارس سنة ٩٢٤ ، ٢٥ ، ٥ ، عدد ٤ . ــ م ر ا ، ١٩ عدد ٧٨

ه . — في الضرر العادي

والضرر غير العادي

٨٢٧ — قلنا إن قيام صاحب الحق بالانتفاع بحقه لا يترتب عليه مسئولية ما اذا أصاب الغير ضرر من الانتفاع بهذا الحق . ويجب على كل فرد في الحياة أن يتحمل ما يصيبه من الضرر في استعمال الغير حقه ، كما أن هذا الغير يتحمل الضرر الناشيء في استعمال ذلك الفرد لحقه أيضاً . وكأن الضرر في الحياة تبادلي ، أو أن الحياة تقاص في الاضرار . لانه اذا كان من طبيعة الحياة التبادل في المنافع فلا بد أن ينجم عن ذلك أيضاً تبادل في المضار . لان التبادل في المنافع يجر حتماً وراءه تبادلا في المضار . واذا كان الفرد في الحياة مكرهاً بناء على ذلك على تحمل الاضرار الناشئة عن استغلال الغير لحقوقهم فانه يجب أن يلاحظ في ذلك أن الضرر لا يجوز أن يتعدى حداً معقولا بحيث لا يصح التسامح اذا عظم شأنه وتفاقم أمره وخرج عن مقدور الفرد في التحمل والسكوت عليه . فالضرر المباح ما كان عادياً [1] وغير المباح ما كان غير عادي [2]. وليس معنى عدم تحمل الضرر غير العادي ان هذا الضرر هو وليد لعمل غير مشروع . بل الضرر في ذاته ناشيء عن عمل مشروع وصحيح قانوناً . ولكن استغلال الحق انتج من الاضرار ما لا يصح معه السكوت عليها . فاذا انشيء مصنع من المصانع وكان يتصاعد منه دخان من المداخن للآلات البخارية ثم يهبط هذا الدخان سطوح الجيران فتلوث ملابسهم البيضاء المنشورة على السطوح جاز للجيران مطالبة رب المصنع بتعويض [3]

وكيف تمكن المطالبة بالتعويض مع أن صاحب المصنع قد حصل على رخصة بانشاء محله من السلطة الادارية ؟ وهل تجوز مطالبة الحكومة بتعويض أيضاً بالتضامن مع صاحب المصنع ؟ إن الحكومة في اعطائها الرخصة لم تمس حقوق

---

(١) préjudice normal (٢) préjudice anormal (٣) واذا كان للحكومة الحق في اخذ الاتربة اللازمة لصيانة الجسر من ارض الجار بلا تعويضه فانه يجب عليها في هذه الحالة ان تمضي في عملها كما يجرى رب الاسرة المعني باموره un bon père de famille بحيث اذا خالفت هذه القاعدة تحتم عليها التعويض كما اذا اخذت الاتربة من الجار بحيث اصبحت ارضه غير صالحة بالمرة للزراعة : ٣٠ يناير سنة ١٩٠٨ ، ٢٠ ، ٧٩

الافراد الجيران فى المطالبة بالتعويض إذا أصيبوا بضرر، هذا أولا. وثانياً إنها لا تطالب بتعويض لانهـا لم تخالف فى اعطاء الرخصة اللوائح والقوانين . وأما الزام صاحب المصنع بالتعويض فانما يرجع فى نظر أنصار المسئولية الشيئية الى نظرية الخطر المستحدث [1] أو الى قاعدة الغرم بالغنم . فلا يجوز لصاحب المصنع أن يصيب مكاسب جمة من مصنعه، بينما الدخان يلوث ملابس الجيران المنشورة على أسطح المنازل . ويجب عليه تعويضهم عما يصيبهم من الضرر : اما اذا كان الدخان بسيطا ويتصاعد فى أوقات متقطعة وبقدر قليل بحيث يكون الضرر منه مما يصح التجاوز فيه فلا محل للتعويض لانه يعتبر ضرراً عاديا لا بد من تحمله والسكوت عليه .

واذا قامت الحكومة باعمال عامة وترتب عليها نقص فى صلابة البيوت أو سد لمنافذها أو تقييد فى مسالك الوصول اليها حق التعويض أيضاً [2] واذا ترتب على قيام الادارة باعمال للمنافع العمومية ضرر بالغير اعتبر ذلك بمثابة نزع ملكية مؤقت وحق التعويض على الحكومة . ولكن يجب مراعاة ما عاد من النفع على الغير [3] واذا وقع شخص حجزاً تحفظيا بأكثر مما له أصبح مسئولا حتى لو لم يكن سيء النية [4]

مسئولية الفرد عن أعمال من هو مسئول عنهم

٨٢٨ — رأينا فى الحالة الاولى مسئولية الفرد عن أعماله هو . والآن نتكلم عن مسئوليته هو عن أعمال من وكل أمرهم اليه

قررت المادة ١٣٨٤ الفرنسية قاعدة عامة بفقرتها الاولى فى مسئولية الشخص عن أعمال من هم تحت كنفه ورعايته وعن الاشياء تحت حيازته ثم بينت من هم الملاحظون أى المسئولون ومن هم الملاحظون أى الذين تصدر منهم مباشرةً الاعمال الضارة . فالملاحظون هم الاب، والام بعد وفاة الاب، والمخدوم والاصيل والمربى فى المدارس،

---

(١) risque créé (٢) ٤ يناير سنة ٩٤، ٦، ٩٤ (٣) ٧ يونيو سنة ٩٠٠، ١٣، ٣٢٤ (٤) ١٨ مايو سنة ٩٠٧، ١٩، ٢٥٥ . — انظر عكس ذلك حكم ابتدائى ٦ نوفمبر سنة ٩٠٥ م ر ا، ٧ ص ١١٦

والمعلم فى الصناعة . وأما الملاحَظون فهم الابناء القصر المقيمون مع آبائهم والخادم والوكيل والتلميذ والصبى فى الصناعة

وقد لاحظنا أن القانون المختلط ذكر بالمادة ٢١٣ مسئولية الملاحظ بوجه عام دون أن يبين من هو الملاحظ أيضاً • ثم ذكر بالمادة ٢١٤ مسئولية المخدوم عن أعمال خادمه وقت قيامه بالخدمة

وقرر القانون الاهلى بالمادة ١٥١ فقرة ثانية وبالمادة ١٥٢ ماقرره القانون المختلط سواء بسواء . ولا حاجة بنا الي اعادة ماقررناه بشأن الشوائب التشريعية والنقص الفني من وضع هـذه المواد • ولذا وجب فى شرح هذه النظرية الرجوع الي المادة ١٣٨٤ الفرنسية التى تعتبر اوضح وأكمل من حيث الالمام بشتات الموضوع وشعبه (١)

١) فى المسوغ القانوني لهذه المسئولية

٨٢٩ — يرجع المسوغ القانونى لهـذه المسئولية الي تقصير من جانب الملاحِظ وهذا التقصير (٢) هو سبب المسئولية . والتقصير إما أن يكون راجعاً الى اهمال فى الرقابة والملاحظة واما الي سوء اختيار الخادم • وليس صحيحاً أن يقال بأن السبب فى المسئولية ان المراقبين يكونون فى الغالب •معسرين فلا يحصل الشخص المضار على تعويض ما ، ومع ان ذلك قد قيل فى الاعمال التحضيرية لهذه المادة الفرنسية الا انه قول لا يؤبه له فى عالم التفسير العلمى الفني الصحيح

٢) فى خصائص هذه المسئولية
وكيانها القانونى

٨٣٠ — لهذه المسئولية خصائص لا بد من تعينها وهى .

١) المسئولية هذه مدنية صرفة . بمعنى ان المراقب المسئول لا يسأل الامدنياً . واما الملاحَظ فقد يكون مسئولا جنائياً وحده دون ان يشاركه فى هذه المسئولية الجنائية من له حق الرقابة عليه

---

(١) ويرى القضاء انه يجب عدم التوسع فى تفسير هذا النوع من المسئولية لانه استثناء للقاعدة الناشئة من أن الانسان لا يسأل الا عن أعماله هو : ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ ، ١٨ ، ١٢٧

(٢) faute

٢) مسئولية الملاحظ من الوجهة المدنية لا تحول دون مسئولية الملاحظ من الوجهة المدنية أيضاً بمعنى انه يجوز للشخص المضار ان يطالب الاثنين الملاحظ والملاحظ بالتعويض معاً أى يطالب كلا منهما بكل التعويض دون تجزئته

٣) قال الشارحون الفرنسيون بشأن المادة ١٣٨٤ انها وردت على سبيل الحصر فيما عددته من ملاحظين وملاحظين . وجاءت المواد المصرية عامة . ولكن يجرى القضاء هنا على اعتبار ما ورد بالمادة ١٣٨٤ فرنسية مندمجاً أيضاً فى مفهوم المواد المصرية . وربما كان فى التعميم معنى الدقة في التعبير من حيث الاطلاق في المبدأ حيثما توافرت شروط الرقابة والملاحظة .

٣) في أنواع هذه المسئولية

١ — في مسئولية الآباء

٨٣١ — لمسئولية الآباء عما يصدر من اولادهم القصر المقيمين معهم شروط خاصة هى :

١) يشترط فى الولد أن يكون قاصراً . فاذا بلغ فلا مسئولية على أبيه حتى لو كان مقيما مع هذا الاخير . انما اذا كان بالغاً ومعتوهاً وكان تحت رقابة أبيه جاز تطبيق المادة ١٥١ فقرة ثانية باعتبارها أعم من المادة ١٣٨٤ فرنسية ، وهذا بخلاف رأى القضاء الفرنسى فانه يأخذ فى هذه الحالة بالمادة ١٣٨٢ المقررة لقاعدة المسئولية العامة، وذلك كله لان نص المادة ١٣٨٤ لم يكن عاماً ومطلقاً كما جاء النص المختلط بالمادة ٢١٣ والنص الاهلى بالمادة ١٥١ مطلقاً

٢) يشترط أن يكون القاصر مقيماً مع أبيه وأمه . فاذا انتفى هذا الشرط انتفت معه المسئولية . فاذا كان الولد تلميذاً بالقسم الداخلى بالمدرسة ينام ويأكل فيه فلا مسئولية على الاب أو الام . كذلك اذا احتضن الولد حاضن أو حاضنة . أو اذا كان الولد يشتغل فى مصنع تحت رقابة رب المصنع : فى هذه الاحوال كلها لا مسئولية حيث لا مساكنة. وعلى ذلك فالمسئول هو المصنع أو المدرسة ، و بوجه عام من تولى أمر الرقابة كالسجن العادى أو سجن الاحداث فيما يقع من المحبوسين كباراً كانوا أو صغاراً ...

٨٣٢ — ولا يشترط فى المسئولية أن يكون الملاحظ أباً أو أماً بل النص المصرى عام فتقع المسئولية أيضاً اذا كان الملاحظ جداً أو جدة صحيحين كانا أو فاسدين . اذ تطبق المادة ٢١٣ مختلط أو ١٥١ فقرة ثانية اهلى . ولكن القضاء الفرنسى لا يطبق المادة ١٣٨٤ في هذه الحالة بل يأخذ بالمادة العامة ١٣٨٢ لانه يرى أن ما ورد بالمادة ١٣٨٤ قد جاء على سبيل الحصر لا على سبيل التمثيل كما رأينا .

٨٣٣ — هذا ويجوز أيضاً اعتبار الاب أو الام مسئولا عن أعمال ابنه حتى لو لم يكن مقيما معه فى معيشة واحدة اذا ثبت أن العمل الذى وقع من الابن انما كان نتيجة سوء تربيته وان صلة السببية قائمة بين هذا العمل وما أخذه الولد عن أبيه أو عن أمه من سوء المثل [(١)]

٨٣٤ — ويجوز أن يكون الاب والابن مسئولين بالتضامن كما اذا أعطى الوالد ابنه سيارة وهو فى معيشة واحدة معه وانقلبت به [(٢)]

٣) **حراسة الابناء** : الاصل أن الحراسة للاب فهو مسئول عن أعمال ابنه حتى ولو كان هذا الأخير مقيما مع والديه أبيه وأمه. فاذا حال حائل دون حراسة الاب وظلت الام حارسة دونه اعتبرت مسئولة كما يحصل ذلك فى حالة غياب الاب لاى سبب كعمل تجارى أو لانه سجن فى عقوبة حكم بها عليه أو اعتقل لاى سبب [(٣)]

أما القيم والوصى (سواء كان القيم قيماً شرعياً أى منصباً من المجلس الحسبى ، أو قيماً جنائياً أى منصباً من قبل المحكمة الاهلية فى عقوبة جنائية وسواء أكان الوصى وصياً مختاراً أم وصى القاضى) فان ولايتهما مقصورة على المال دون النفس وعلى ذلك لا مسئولية عليهما [(٤)] أما اذا وكل اليهما أمر النفس أيضاً من جانب المجلس الحسبى فقد أصبحا تحت نطاق المادة ١٥١ فقرة ثانية . والقضاء الفرنسى لا يرى القيم داخلا ضمن المادة ١٣٨٤ لان هذه وردت على سبيل الحصر كما ذكرنا

---

(١) د ، ٧٦ ، ٢ ، ٧٠ — س ، ٧٥ ، ٢ ، ٨١ (٢) استئناف باريس ٩ ديسمبر سنة ٩٢٢ المحاماه ٣ ص ٤٤١ (٣) ولا تبدأ مسئولية الاب الا من يوم بلوغ الولد سن سبع سنوات لان الولد قبل ذلك فى حضانة امة : ٥ فبراير سنة ٩١٩ ، ٣١ ، ١٠٠

(٤) وبذا تكون ام القاصر مسئولة عن تعويض الضرر الناشىء عن فعل ابنها القاصر ولم تكن هى الوصية عليه : جزئى مستأنف ٧ فبراير سنة ٩١٠ مج ١١ ، ١٠ ص ٣٣٢

هذا و يلاحظ أن المادة ١٣٨٤ الفرنسية قررت بانه يجوز للاباء اقامة الدليل على على انهم قد اتخذوا ما يمكن اتخاذه من الاحتياطات فى درء الضرر الا انهم لم يفلحو فى النهاية ، وفى هذه الحالة لا محل لتقرير مسئوليتهم ، لان أساس المسئولية التقصير فى الرقابة ، وحيث لا تقصير فلا مسئولية

٢ — فى مسئولية المربين

٨٣٥ — قررت المادة ١٣٨٤ الفرنسية مسئولية المربين عما يحصل من تلاميذهم للغير من الاضرار أثناء قيام الرقابة على التلاميذ . وتدخل هذه الحالة تحت نطاق المادة ١٥١ أهلى بالفقرة الثانية المقابلة للمادة ٢١٣ مختلط باعتبار أن المادة المصرية عامة . والاصل فى هذه المسئولية هو سوء الرقابة من قبل المربين. وعلى ذلك لا محل لتطبيق المادة المذكورة،فرنسية كانت أو مصرية، أهلية أو مختلطة، بل يجب تطبيق المادة ١٣٨٢ فرنسية والمادة ١٥١ فقرة أولى أهلية فى حالة ما اذا حصل الضرر للتلميذ نفسه . والضرر اما أن يكون ناشئاً عن سوء حالة المكان المعد للتربية أو عن اهمال المربى نفسه

٨٣٦ — وللمربى أيضاً حق اقامة الدليل على انه اخذ كل الاحتياطات فى منع الضرر وانه رغم ذلك وقع الحادث . فاذا ضرب تلميذ آخر ضربة فجأة وتسبب عنها ضرر بالمضروب فلا مسئولية على المربى اذا ثبت بأنه قد قام بالرقابة من قبل وأن هذا الشجار بين التلميذين لم يسبقه قول متبادل بينهما بل حصل الضرب على غرة من المربى

ويدخل فى طائفة المربين كل من أشرف على الصبية داخل المدارس من مدرس وناظر وضابط ، ولا فرق فيما اذا كان التلميذ بالغاً أو قاصراً

ولا تتمشى المواد المذكورة على المربى المتنقل من دار الى دار يربى الصبية فى بيوتهم باعطاء دروس خاصة

٨٣٧ — وقد تقرر بفرنسا احلال مسئولية الحكومة نفسها محل مسئولية المدرسين بالقانون الصادر فى يوليو سنة ١٨٩٩ فيما يتعلق بمدارس الحكومة دون المدارس الاهلية . ويلاحظ بأن هذا القانون لا يحول دون تطبيق المادة ١٣٨٢ ضد

المربى فيما اذا ثبت الاهمال من جانبه . وليس الغرض من القانون المذكور رفع المسئولية بل احلالها مكاناً آخر . وأما فى مصر فما دام لا يوجد مثل هذا القانون فيجب تطبيق القواعد العامة ، بمعنى أن الحكومة تكون مسئولة فى هذه الحالة طبقاً للقواعد المقررة فى مسئولية الحكومة عن اعمال موظفيها أثناء تأدية وظائفهم،أى يرجع الي المادة ١٥ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمادة ١٥٢/٢١٤ مدنى باعتبار هذه المادة الاخيرة عامة مطلقة

٣ — مسئولية أصحاب الصناعات

٨٣٨ — يسأل أصحاب الصناعات [(١)] عن الاضرار الناشئة عن الصبية [(٢)] الذين يتعلمون عندهم طالما انهم تحت رقابتهم . ولاصحاب الصناعات حق اقامة الدليل على انه لم يقع تقصير من جانبهم

ى) مسئولية أصحاب الاعمال والمخدومين

٨٣٩ — يراد باصحاب الاعمال [(٣)] الاشخاص الذين لهم أعمال خاصة بهم فيفوضون الى الغير أمر ادارتها بعضاً أو كلا ، ويسمى الغير هذا اما وكيلا أو مستخدماً أو عاملا ،وتطلق عليه كلمة مستخدم [(٤)] ويراد بالمخدومين [(٥)] الاشخاص الذين يستخدمون الغير لأداء حوائجهم كسائق العربة والخادم بالبيت وتطلق عليهم كلمة خدمة [(٦)]

---

(١) artisans (٢) apprentis (٣) commettants (٤) préposés

وربما تصدق هذه النظرية على الحكومة مع الخفراء . ولهؤلاء لائحة صدرت فى ١٠ نوفمبر سنة ١٨٨٤ بتقرير مسؤليتهم فىاحوال مخصوصة . ويقول القضاء بسقوطها لعدمالعمل بها : استئناف ١٧ يناير سنة ٩٢٢ م ر ا ٤ ٢٤ ص ٥٢ عدد ٣١ — طنطا الكلية ١٨ ابريل سنة ٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٧٩ عدد ٥٠ ويقول هذا الحكم الاخير « بان ترتيب مسئولية مدنية على قصور رجال الحفظ فى مهمتهم الخاصة باتقاء الاعتداء على الانفس والاموال بقدر المستطاع لا يستند الى اساس قانونى فانهم بتوليهم عمل الحفظ كرها او اختيارا لم يلتزموا باى عهد للجمهور ولا الجمهور اكتسب عليهم حقا بدفع اجور الخفر للحكومة،حتى ان صح انه اكتسب حقا قبل الحكومة التى تتولى جباية تلك الاجور » اهـ ولكن نلاحظ ان المسئولية واقعة حتما اذا كان هناك خطأ وعلى الاقل خطأ جسيم اما من قبل الحكومة من جهة الاختيار والرقابة ، واما من جهة رجال الحفظ فى قيامهم بأمر الخفارة لان المخطىء لايعفى مطلقا من نتائج خطأه الجسيم .— وتصدق النظرية على الحكومة مع موظفيها ومستخدميها ايضا ولا يؤثر على هذه المسئولية الضمانات التى يقدمها الموظف وقت دخوله فى الخدمة : استئناف ١١ ديسمبر سنة ٩١١

(٥) maitres (٦) serviteurs

فاصحاب الاعمال والمخدومين فى مستوى واحد من حيث المسئولية فيما اذا وقعت من عمالهم وخادميهم اضرار بالغير أثناء قيامهم باعمالهم التى عهدت اليهم من قبل أصحاب الشأن وهم اصحاب الاعمال والمخدومون

ولقد وردت عبارة أصحاب الاعمال والمخدومين بالمادة الفرنسية ١٣٨٤ ووردت عبارة المخدومين وخدمتهم بالمادة ٢١٤ مختلط والمادة ١٥٢ اهلى . ولم ترد بالنصين المصريين عبارة اصحاب الاعمال ووكلائهم. ولكن المفهوم ان النص المصرى مع هذا الايجاز يعتبر عاماً ، باعتبار أن الاصيل مسئول عن أعمال وكيله ، كالسيد المسئول عن أعمال خادمه لرابطة السببية فى كل . هذا ويلاحظ بان المادة ١٣٨٤ الفرنسية لم تبح حق اقامة الدليل العكسى من قبل أصحاب الاعمال والمخدومين ، أي حق اقامة الدليل على عدم حصول تقصير من جانبهم كما أباحت ذلك فيما يتعلق بالآباء والمربين وأصحاب الصناعات . وعدم الاباحة هذا لم ينقل الى النصوص المصرية بالمواد ٢١٤ مختلط و ١٥٢ اهلى . ولذا تجب معرفة مرمى المادة ١٣٨٤ الفرنسية وبعد مداها ثم شرح المادتين المصريتين على ضوء هذه المادة الفرنسية

§ ١ — فى أسباب هذه المسئولية

٨٤٠ — يرجع واضعو القانون المدنى الفرنسى فى هذه المسئولية الي سببين :

اولا . سوء الاختيار: أي ان السادة هؤلاء أساءوا فى اختيارهم لعمالهم . فلم يحسنوا الانتقاء ولم يعينوا في خدمتهم أهل الحرص والعناية منهم وانه ليس من العدل أن يتحمل المجني عليه ، أى الشخص المضار ، نتيجة سوء اختيار السيد

ثانياً. سوء الرقابة : فى أن المخدومين لم يراقبوا أعمالهم رقابة تحول دون وقوع الاضرار بالغير

فى منع اقامة الدليل العكسى : لم تبح المادة ١٣٨٤ الفرنسية اقامة الدليل العكسى أى اثبات عدم حصول تقصير ما من قبل الموكلين . وكان المشروع الاول

لقانون نابليون يبيح هذا الاثبات ولكن الهيئة التشريعية (١) رفضت هذه الاباحة وقررت بأنه في حالة النزاع بين المجني عليه والموكل يجب تفضيل المجني عليه . وقيل وقتذاك بأنه من العدل أن يتحمل السيد النتائج الضارة الناشئة عن الخدمات التى يستفيد منها هو

وربما يستفاد من ذلك أن أمر افتراض حصول التقصير من جانب المخدوم أصبح ظاهرياً لا يعبأ به وأصبحت المسئولية فى هذه الحالة لاترجع للتقصير مطلقاً . لانه ماذا يفيد القول بافتراض حصول التقصير اذا لم يتمكن الشخص المسئول من حق إقامة الدليل القاطع على عدم حصول تقصير من جانبه ؟

أليس معني ذلك أن المسئولية هنا أساسها نظرية الخطر المستحدث (٢) أى أن المخدوم يجب عليه أن يتحمل الخسائر التى تنشأ عن أعمال خدمته مادام انه هو الذى يستفيد من هذه الاعمال ؟

ولكن يلاحظ فى ذلك كله ان الاصل في تقرير مسئولية المخدومين راجع الي افتراض التقصير من جانبهم بسبب سوء الاختيار وسوء الرقابة (٣) هذا هو الاصل الذى رجع اليه واضعو قانون نابوليون فى تقرير هذه المسئولية . فاذا وقع الضرر فى غير الاحوال المفترض فيها سوء الاختيار وسوء الرقابة كان من المتعذر تحميل المخدومين نتائج الاضرار التى تنشأ عن أعمال خادميهم فى غير حالتى سوء الاختيار وسوء الرقابة

٨٤١ — على أن الذى يجب أن يراعى هنا فى تفسير المادة ١٣٨٤ تفسيراً يتفق مع ما قرره واضعو قانون نابليون لاجل التوفيق بين فكرة التقصير من جهة وفكرة تحمل المخدوم خسائر أعمال خادميه بما انه هو الذى يستفيد منها دون غيره ، من جهة أخرى ، يجب لاجل هذا التوفيق أن يراعى التقسيم الآتى :

(١) Tribunat (٢) risque créé (٣) وقد تنقلب هذه المسئولية المدنية الى مسئولية جنائية اذا كان سوء الاختيار وسوء الرقابة جسيماً. فاذا اختار السيد سائقاً لعربته ضعيف النظر وداس السائق طفلا أصبح السيد مسئولا جنائيا ايضا مع السائق. جزئى ٢٧ فبراير سنة ٩١٣ م ر ١، ١ ، ١٤ ص ٢١١ . ـ واذا وقع الضرر بسبب خطأ المجنى عليه فلا مسئولية على السيد : محكمة غيش بفرنسا ٢٥ اكتوبر سنة ٩٢٢ المحاماة ٥٤ ، ٨٥ عدد ٦٤ (وكان عامل عند مقاول يحمل خرق مصوغات لم يحتط صاحبها فى حفظها فقضى بان لا مسئولية على المقاول)

أولا: حالة المخدوم الذي يستغل خادميه ويجعلهم يشتغلون على حسابه : فى هذه الحالة من العدل أن يتحمل الخسائر لان هذه الخسائر هى مقابل ما يستفيده هو من أعمال خادميه فمن الحق والعدل أن يغرم بقدر ما يغنم وأن لا يغنم فقط ولا يغرم

ثانياً : حالة المخدوم العادى الذى يستعين بخادميه فى قضاء حاجاته العادية دون أن يرمى إلى فكرة الاستغلال وتحصيل الارباح من طريق تشغيلهم تشغيلا مستمراً يرجو من ورائه مغانم يصبو اليها : فى هذه الحالة لا يسأل كما فى الحالة الاولى ، إلا اذا ظهر بأنه هو الآخر يستغل خادميه لاغراض غير مالية ولكنها أغراض على كل حال ذات قيمة خاصة بحيث اذا لم يستعن بخادميه فى هذا العمل ما وقع الضرر [1]

٨٤٢ — القانون الالمانى : بعد أن قررت المادة ٨٣١ المانى ما قررته المادة ١٣٨٤ فرنسى من افتراض التقصير ، قررت بانه اذا ظهر بأن المخدوم قد أظهر من العناية ما يجب أن يحصل عادة وعملا فلا تعويض عليه. كذلك لا تعويض فيما اذا قام الدليل على أن الضرر كان لا بد من وقوعه حتى لو قام بالعناية اللازمة

القانون السويسرى . قررت المادة ٥٥ سويسرى بان المخدوم [2] مسئول عن الاضرار الناشئة عن أعمال كتبته [3] ومستخدمى مكتبه [4] وعماله [5] وقت أداء عملهم فيما اذا لم يثبت المخدوم بانه قام بواجب العناية اللازمة التى تحتمها الظروف الخاصة لاجل الحيلولة بين وقوع هذا الضرر أو أن ما قام به من العناية لا يحول مع ذلك مطلقاً دون ضرورة وقوع الضرر

٨٤٣ — من هم الخادمون ومن هم الوكلاء . يراد بالخادمين والوكلاء الاشخاص الذين اختارهم المخدوم والاصيل وظلوا تحت رقابتهما، أي يجب أن يلاحظ الاختيار والرقابة فاذا انتفى الشرطان فلا محل لتقرير المسئولية وعلى ذلك لا مسئولية فى الاحوال الآتية

١) رؤساء المصالح لا يسألون عن أعمال مستخدميهم لانهم لم يختاروهم اختياراً حراً يرجع لارادتهم الشخصية

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٩٣ (٢) employeur (٣) commis (٤) employés
(٥) ouvriers

٢) اذا اشتغل عامل عرضاً لدى شخص لاجل انجاز عمل معين من الاعمال فلا مسئولية عليه . وكذلك المالك الذي يعهد بعمل الى مقاول لا يسأل عن الاضرار الناشئة عن أعمال العمال الذين أحضرهم المقاول . ففى هاتين الحالتين يلزم العامل فى الحالة الاولى والمقاول فى الحالة الثانية ، بالتعويض دون المالك

٣) اذا استأجر شخص سيارة بأجرة فلا يعتبر أصيلا بالنسبة لسائق السيارة ، أى لا يقع تحت طائلة المادة ١٣٨٤

٤) لا يعتبر المستأجر وكيلا للمالك

٥) اذا اشتغل الوكيل فى عمل يتعلق بشخص آخر غير أصيله وحصل ضرر منه للغير اعتبر هذا الشخص الآخر مسئولا دون الاصيل [1]

٢ — في شروط هذه المسئولية

٨٤٣ مكرر — يجب في هذه المسئولية أن يتوافر شرطان : حصول تقصير من الخادم وان يكون التقصير حاصلا وقت قيام الخادم بخدمة مخدومه

الشرط الاول : تقصير الخادم — لا مسئولية على المخدوم الا اذا حصل تقصير أو خطأ من خادمه أو عامله

الشرط الثانى : التقصير الواقع أثناء تأدية الخدمة — محل المسئولية الملقاة على عاتق المخدوم أو الاصيل اذا وقع الضرر والخادم يؤدى عمله المناط به من قبل مخدومه [2]

(١) مقال هوريو Haurion س ٩٣، ٣، ١١٣ وس ٩٤، ٣، ٤٩ ، (٢) فالشركة مسئولة عن الاضرار الحاصلة بواسطة سائقى عرباتها : ١٢ مارس سنة ٩١٣، ٢٥ ٢، ٢٣٢ . — والشركة المساهمة عن خطأ عمالها : ١١ يونيو سنة ٩١٣، ٢٥، ٤٣٥ وسواء أكان الضرر حاصلا بسبب الجنح أو اشباه الجنح : ٥ يناير سنة ٩١٦، ٢٨، ٠٩١ — والمستأجر للسيارة مسئول كالمالك عن الاضرار الحاصلة من السيارة اذا كان السائق مستخدما عنده : ١٤ مارس سنة ٩١٧، ٢٩٠، ٢٩٥ ويقول القضاء بانه لا تعويض على المخدوم اذا اصيب الخادم بضرر الا اذا ثبت الخطأ من جانب المخدوم : جزئى ١٨ يوليو سنة ٩٠٦، م ر ٨١ ص ١٩ . — ولا يلزم السيد بتعويض الضرر الذى يلحق خادمه اثناء تأدية وظيفته اذا نشأ ذلك عن اهمال جسيم وقع من الخادم المذكور : استئناف ١٩ يناير سنة ٩١١ م ر ١ ، ١٢ ص ٧٥ . — ويعتبر السيد مسئولا مدنيا عن اعمال خادمه اذا ارتكب جريمة اضرت بالغير ولو لم تقع منه الجريمة اثناء عمله اذا تبين ان بين الجريمة وبين علاقة السيد بخادمه اتصالا أو ارتباطاً يقومان مقام العلة للمعلول :

ولا مسئولية على هذا الاخير فيما اذا وقع الضرر في غير أثناء تأدية الخدمة وصدر العمل المحدث للضرر دون أن يكون للمتسبب فيه صفة ما باعتباره خادماً أو وكيلا . ولكن يكون المخدوم مسئولا حتى لو خالف خادمه أوامره وحتى لو كان العمل الضار لا يتصل مباشرة بإداء الخدمة أو الوظيفة . مثال ذلك

ا) مؤجر العربات مسئول عن عمل سائق العربة اذا اختلس هذا الاخير لنفسه أشياء تركها الراكب بالعربة سهواً

ب) كذلك يعتبر مؤجر العربات مسئولا عن الاعمال التى تصدر من اشخاص أركبهم سائق العربة بالعربة تساهلا وبلا أجر

ج) وتعتبر مصلحة السكة الحديدية مسئولة عن أعمال مستخدميها حتى لو لجأ هؤلاء الى هذه الاعمال مستعينين فيها بوسائل السهولة التى ترجع الى طبيعة العمل المكلفين به .

د) والاصل ان المخدوم لا يسأل عن الاعمال الجنائية التى ارتكبها خادمه لمناسبة قيام هذا الاخير بخدمة مخدومه والتى لا صلة لها باعمال المخدوم . ولكن اذا كان الخادم قد أراد هذا العمل الجنائى باعتقاد انه يجريه فى مصلحة مخدومه وأخطأ فى الاحاطة بحدود وظيفته فيسأل المخدوم مع ذلك عن هذا العمل (١)

مسئولية المخدوم والخادم معاً : للمجنى عليه حق مطالبة كل واحد من الاثنين بجميع التعويض . وللمخدوم حق الرجوع على الخادم فى حالة تقصير هذا

حكم استئناف ٣١ يناير سنة ٩٢١ م ر ١ . ٢٣ ص ٨٧ عدد ٥٥ ، سوردا ج ٢ ن ٩٢٤ وما بعدها . ـ ويجوز للسيد الذى يمكن ان يعد مسئولا عن تعويض الضرر الناتج عن جريمة ارتكبها خادمه ان يدخل فى الدعوى الجنائية المقامة على ذلك الخادم ليدفع وجود الجريمة : جزئى ١٩ ابريل سنة ٩٢٢ م ر ١ . ٢٣ ص ١١٠ عدد ٦٩ ، جارو ص ٤٤٣ الوجيز . ـ سوردا ن ٨٠٤ . ـ واذا سار سائق السيارة بناء على امر سيده بسرعة تزيد عما قررته اللوائح ونشأ عن ذلك قتل انسان من غير عمد عد السائق فاعلا اصلياً وسيده شريكا فى التحريض من الوجهة الجنائية : النقض ٩ يونيو سنة ٩١٧ م ر ١ ، ١٨ ص ١٧٩ . وتسأل مصلحة الصحة عن خطأ الممرض فى خدمتها اذا اخطأ هذا الاخير واعطى المريض بدلا من الدواء سما كان سبباً فى موته : استئناف ٢٩ مارس سنة ٩٢٠ م . ر ١ ، ٢٢ ص ٦٧ عدد ٣٦

(١) فاذا اعتدى ناظر الدائرة بسلاح نارى على عمال المقلول فى اعمال عمومية باعتقاده انهم اتلفوا بالزراعة اصبح صاحب الدائرة مسئولا مدنياً : ٢٣ مايو سنة ٩٠٠ ، ١٢ ، ٢٧٤

الاخير . ولا رجوع فيما اذا كان الضرر راجعاً الى طبيعة العمل المكلف به الخادم أو العامل [1]

٨٤٤ — وبماذا تفسر إذن المادة ١٥٢ / ٢١٤ مدنى المصرية ؟ هل تفسر تماماً كالمادة ١٣٨٤ الفرنسية حتى فيما يتعلق بمنع اقامة الدليل العكسى أي عدم اباحة اثبات التقصير ؟ يجب في نظرنا ان تراعى فى تفسيرها المادة ١٣٨٤ الفرنسية والمادة ٨٣١ الالمانية والمادة ٥٥ السويسرية مع مراعاة حالة المخدوم فيما اذا كان قد أراد استغلال عامله أو خادمه كما مر ذكره أو استخدام عامله كالعادة فقط دون استغلال ورغبة للكسب والمغانم . أي يجب الاخذ بنظرية المخاطر [2] فى حالة الكسب من قبل المخدوم . وأما فى الحالة الاخرى يؤخذ بنظرية القضاء والقدر فيما اذا كان الخادم يقوم بالحاجات العادية لمخدومه

في المسئولية الناشئة عن الاشياء

١) في المسئولية الناشئة عن الحيوانات

٨٤٥ — قررت المادة ١٣٨٥ الفرنسية مسئولية مالك الحيوانات أو من يستغل الحيوان سواءاً كان في حيازته أم تسرب منه . وقررت مثل ذلك المادة ٢١٥ مدنى مختلط والمادة ١٥٣ مدنى أهلى وجاءت عبارتهما واحدة ولكنها مختلفة مع عبارة المادة الفرنسية الا أن للمعنى واحد فى المواد الثلاث

ويقول أنصار نظرية المسئولية التقصيرية بان المسوغ القانونى لمسئولية المالك للحيوان هو سوء الرقابة من جانب المالك أي التقصير . أما القائلون بالمسئولية الشيئية فانهم يقولون بأن المسوغ القانونى هوالخطر المستحدث

وفيما اذا نظر الي هذه المواد باعتبارها تقرر المسئولية التقصيرية هل يجوز لمالك الحيوان اقامة الدليل العكسى كما فعلت المادة ١٣٨٤ بالنسبة للاباء والمربين ؟ يقولون

(١) ولا تسرى احوال الخادم والمخدوم على الحكومة مع عساكرها اذا رفت العسكرى المقترع من خدمة البوليس واعيد الى الرديف ثم رفت : استئناف ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ر ا ه ١٢ ص ٧٥ (راجع اسباب الحكم فانها هامة) (٢) risque

بالايجاب . ولكن ماذا يثبت المالك ؟ هل يثبت انه لم يقع منه تقصير ما أى انه قام بواجب مراقبة الحيوان كما يجب ؟ أم يثبت حصول التقصير من جانب المجنى عليه الذى أصابه الضرر ؟ أم يثبت أن الحادث وقع بالقضاء والقدر أى بحادث جبرى أو قهري ؟

الظاهر أن فى مصلحة مالك الحيوان اقامة الدليل على انه قام بواجب المراقبة . وأما قيامه باثبات تقصير الغير او اثبات الحوادث الجبرية والقهرية ففيه ارهاق له . ومع ذلك فقد قرر القضاء الفرنسى هذا الرأى الاخير[1]

٨٤٦ — والمسئول عن اضرار الحيوان هو المالك وكل شخص يستخدم الحيوان خلاف المالك كالمستعير للحيوان[2] والمستأجر وكل شخص يحتفظ بالحيوان بسبب حرفته دون ان يستعمله صاحب الفندق . والمتعهد بنقل الحيوانات من عربة من عربات السكة الحديدية الى المحل المعين لها . وتجب ملاحظة معرفة الوقت الذى انتقل فيه الحيوان من يد صاحبه الى يد مستعمله وهذه مسئلة موضوعية ترجع للظروف. وعلى المالك اخبار المستعمل للحيوان بعيوبه والا كان مسئولا بمقتضى المادة ١٥١ فقرة أولى مدنى أهلى[3] ويجب الاخذ بالمادة ١٥٣ فيما اذا كان الذى أصيب بالضرر هو الخادم والمستخدم عند مالك الحيوان اى يفترض حصول التقصير فى هذه الحالة عند مالك الحيوان الا اذا كان المستخدم قد ذهب بالحيوان فى قضاء اعمال طويلة تحتاج لايام وأصبح الامر فى مراقبة الحيوان ورعايته بيده كما يحصل ذلك بشأن المستخدم السائح التجارى[4]

٨٤٧ — والمسئولية واقعة فيما اذا كان الحيوان تحت يد المالك او المستعمل له

(١) ولا محل لهذه المسئولية فى حالة القوة القاهرة او خطأ المجنى عليه : ٢٧ نوفمبر سنة ٩٠٢ ، ١٥ ـ ١٨ . واذا سلم مالك الحيوان حيوانه لآخر زالت عن المالك المسئولية : ٢٧ مارس سنة ٩٠٧ ، ١٩ ، ١٨٧ . ـ واذا اخذ العربجى او السايس الحصان لعمل شخصى لهما فلا مسئولية على مالك الحيوان (الحكم نفسه) (٢) commodataire (٣) واذا اصيب العربجى اثناء خدمته بجرح بليغ من حصان مخدومه مع انه كان يحتاط لنفسه منه ، اصبح السيد مسئولا اخذاً بالمادة ١٥٣ مدنى اذا لم يثبت ان الضرر نشأ عن خطأ الخادم او بالقضاء والقدر : استئناف ٣ ديسمبر سنة ٩١٢ م ر ١٤ ص ٣٧ (٤) commis-voyageur س ٩٠٩ ، ١ ، ٣٧٧ ومقال Charmont

او كان قد فر منها هاربا . واذا هم احد المارين وأراد توقيف حيوان هارب يعدو بسرعة وأصيب المار بضرر جاز له المطالبة بتعويض لان عمله في توقيفه للحيوان لا يعتبر تقصيراً من جانبه يحرمه من حق المطالبة بالتعويض[1]

اما الحيوانات المقصودة بالمادة ١٥٣ فهى الحيوانات المنزلية والحيوانات المتوحشة التى توجد تحت رعاية المالك والحيوانات السائبة التى تعتبر عقاراً بالتخصيص[2] كارانب الغيط والنحل. واما الحيوانات السائبة والتى لا تعتبر مملوكة لاحد فهى مباحة[3] ولا يسأل مالك الارض عن اضرارها الا اذا عمل هو من جانبه على عدم تسريبها فيعتبر فى هذه الحالة مسئولا بمقتضى المادة ١٥١ فقرة أولى

٢) فى المسئولية الناشئة عن المبانى

٨٤٨ — قررت المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى ما يأتى :« يسأل مالك المبانى عن الاضرار الناشئة عن تهدمها اذا كان ناشئاً عن عدم الصيانة أو العيب بالمبانى » ومن هنا يرى أن المسئولية قائمة فى حالة التهدم فقط وعلى شرط أن يكون التهدم ناشئاً عن عدم مراقبة المبانى وحفظها بالعناية من وقت لآخر إما لسبب قدمها أو لاى سبب آخر أو يكون التهدم ناشئاً عن عيب بالعمارة وهو العيب الفني الذى يرتكبه عادة المهندس الذى وضع التصميم

٨٤٩ — ولقد أجاز الرومان حق الاحتياط التحفظى[4] بأن أبيح للجار الذى يخشى من تهدم ملك جاره أن يأخذ على صاحب الملك المشرف على التهدم عهداً بالضمان[5] فاذا رفض اعطاء العهد جاز للبريتور[6] تكليف طالب الضمان بوضع يده على عقار جاره

وأما ما قررته المادة ١٣٨٦ فهو قاعدة التعويض[7] وليس معني ذلك أنه لا يجوز للجار أن يرفع دعوى و يطلب فيها الزام جاره بأخذ الاحتياطات اللازمة ، بل ذلك جائز للجار أن يقوم هو بها باذن من القاضى على شكل دعوى و يرجع بما صرفه على خصمه

---

(١) س ٢٠، ٢٠٩٠٢، ٢١٧ ومقال Perream (٢) immeubles par destination
(٣) res nullius (٤) procédé de préservation (٥) يسمى cautio damni infecti
(٦) préteur (٧) règle réparatrice

٨٥٠ — وليس لمالك العقار أن يفلت من المسئولية المقررة بالمادة ١٣٨٩ اذا توافرت شروطها بل يعتبر التقصير مفروضاً وجوده قبله ولا يباح له مطلقاً حق اقامة الدليل العكسى . انما اذا ظهر أن السبب فى الضرر هو الغير كالمقاول الذى كلفه بالاجراآت التحفظية أو كالمهندس واضع التصميم فان مسئولية المالك قائمة على كل حال وله فقط حق الرجوع على المتسبب فى الضرر

٨٥١ — وقد اتخذ أنصار نظرية المسئولية الشيئية هذه المادة ١٣٨٦ سنداً لهم فى تقرير رأيهم ، إذ رأوا أنها تقرر افتراض التقصير افتراضاً لا يبيح الدليل العكسى. ولـكن أصحاب النظرية العكسية أى نظرية المسئولية القصيرية يقولون مع ذلك بأن أساس المسئولية في المادة ١٣٨٦ راجع الى نظرية التقصير أى اثبات عدم الصيانة والعيب اللاحق بالعمارة . و يقولون إنه اذا سقطت عمارة وقت البناء أو سقط بناء أصبح في عداد الآثار التاريخية ، فلا مسئولية في هاتين الحالتين الاخيرتين على المالك طبقاً للمادة ١٣٨٦ انما المسئولية فيها ترجع للمادة ١٣٨٢ المقابلة لفقرة الاولي من المادة ١٥٢ مدنى أهلى

٨٥٢ — وقد توسع القضاء الفرنسى فى تفسير كلمة المبانى [١] اذ جعل منها المنقولات المتصلة بالعمارة اتصالا محكما أى المنقولات المندمجة [٢] مثل الصاعد [٣] بالعمارات المعدة للاستغلال والايجار والآلة المتحركة بالمصنع [٤] وانهيار أرض معدة للبناء وسقوط شجرة. ولـكن عاد القضاء الفرنسى ورجع عن التوسع فى تفسير كلمة المبانى وأراد الاخذ بالمادة ١٣٨٣ الخاصة بالتقصير السلبى أى الاهمال والطيش

٨٥٣ — والمادة ١٣٨٦ الفرنسية لامثيل لها فى القانون المصرى . ولـكن القضاء المصرى يأخذ بها [٥] . ويرى بعض الشارحين للقانون المصرى أن يرجع فى تقرير

---

(١) bâtiments (٢) objets mobiliers incorporés (٣) ascenseur
(٤) locomobile ــ س ، ٩٨ ، ١ ، ٦٥ ومقال Esmein (٥) ١٥ ابريل سنة ٩١٦ ، ٢٨ ، ٢٢٩ ــ ٢٠ مايو سنة ٩٤ ، ٦ ، ٢٧٠ ويعتبر المستأجر مسئولا مع المالك اذا استعمل البناء فى عمل خطر . ــ ولا محل لمسئولية المالك الا اذا كان العقار فى حيازته . بمعنى انه اذا كان موجوداً تحت يد شخص له عليه حق الحبس قانوناً فلا مسئولية : ١٥ نوفمبر سنة ٩١٦ ، ٢٩ ، ٤٨ . ــ والمالك مسئول عن سقوط بلكون على المستأجر : ١٥ ابريل سنة ٩١ ، ٣ ، ٢٧١ . ــ ١٥ ، ١١١ . ــ راجع ١٤ يونيو سنة ٩١٣ ، ٢٥ ، ٤٤٧ ــ اول يونيو سنة ٩٢١ ، ٣٣ ، ٣٦١ . وربما تنقلب المسئولية الى مسئولية جنائية فيعاقب المالك اذا تسبب عن السقوط موت اشخاص : النقض المصرى ٢٨ مارس سنة ٩٠٨ م ر أ ، ٩ ص ٢٨٤

المسئولية فى هذه الحالة الى العدالة [١] . وأما نحن فاننا نرى اعتبار المادة ١٤٨٦ أنها تقرر مبدأ قانونياً سامياً يتفق مع الضرورات الاجتماعية الحاضرة ، أى نأخذ فيها باعتبارها مؤيدة لنظرية المسئولية الشيئية ، تلك النظرية التى لا ترجع فى تقريرها الي النصوص القانونية فقط بل الي طبيعة الحياة فى الاوقات الحاضرة . لأن مهمة القاضى والمفسر لا تقف عند الجمود على النص بل يجب الاستئناس بالضرورات الاجتماعية الجديدة التى لم يعرفها الشارع وقت وضعه للقانون والا انعكست الآية واصبح الناس مخلوقين للقانون بدلا من أن يكون القانون مسنوناً لخدمة الناس كما لاحظ ذلك بحق بورتاليس [٢]

٣) المسئولية الناشئة عن الاشياء الجامدة

١ — النظرية العامة

٨٥٤ — للمسئولية الناشئة عن الجمادات نظريتان : نظرية المسئولية التقصيرية ونظرية المسئولية الشيئية .

قال بالاولى كثير من الشارحين بالرجوع الي المواد ١٣٨٢ وما بعدها باعتبار أن المسئول مقصر ولا يكون مسئولا الا اذا ثبت التقصير قبله ماعدا بعض الاحوال التى افترض فيها القانون نفسه وجود التقصير الذى قد يقبل وقد لا يقبل دليلا عكسياً . وقالوا بأن القانون عندما فرض التقصير فى بعض الاحوال رجع الي ظروف خاصة وهى وجوب الرقابة والملاحظة كما يحصل ذلك بشأن المبانى والحيوانات . ولكن الاشياء الاخري التى لا تفترض ذلك فانها خاضعة للمادة ١٣٨٢ كانفجار آلة بخارية فى مصنع مثلا أو سقوط آنية أزهار

٨٥٥ — وأما أصحاب النظرية الأخرى وهى نظرية المسئولية الشيئية فانهم يقولون بالمسئولية لمجرد الملكية بصرف النظر عن حدوث تقصير أو عن عدم حدوثه . ويقولون بأن المغارم يجب أن تقوم بجانب المغانم وانه ليس من العدل أن يغنم المالك فى الوقت الذى فيه لا يغرم . ورجعوا فى ذلك الى العبارة الثانية من الفقرة الاولي من

(١) دى هلس ج ٤ ص ٦٥ ن ١٤٣ (٢) Portalis.

المـادة ١٣٨٤ وهى العبارة الخاصة بمسئولية الانسان عن الاشياء الموجودة فى حيازته باعتبار أنها تقرر مخاطر الملكية [١] أى ضرورة التعويض فى جميع الاحوال سواء أثبت التقصير أم لم يثبت . وسواء أكان الحادث واقعاً بسبب التقصير أم بسبب قهرى أو جبرى

٨٥٦ — وقد جارى القضاء الفرنسى أصحاب النظرية الشيئية فى بعض أحكامه [٢] اذ قضى بتعويض نظير انفجار آلة بخارية . وحكم بتعويض لأحد الجالسين بالقهوة الذي أصيب بسبب كسر زجاجة سيفون ـ واعتبر القضاء الفرنسى أن المادة ١٣٨٤ بفقرتها الاولى تفيد افتراض [٣] التقصير لدى كل مالك لاى شىء من الاشياء الجامدة . ولكن حكم القضاء الفرنسى أيضاً من طريق آخر بعدم الاخذ بهذه النظرية [٤]

٨٥٧ — وقضى القضاء المصرى أيضاً بان شركة الغاز مسئولة عن التسمم با كسيد الكربون الذى نشأ من تسمم غاز الاستصباح [٥] ولكن حكم بان الشركة ليست مسئولة عن كسر أنبوبة الماء بسبب انخساف طبيعى بالارض [٦]

وقضى بان مصلحة السكة الحديدية مسئولة عن الحريق الذى يحصل من تطاير الشرر من قاطراتها فيصيب الاجران القائمة على منطقة خمسة الاقصاب الموجودة جهتى الطريق الحديدى . [٧] واعتبر القضاء أن المصلحة مسئولة طالما انها لم تأت بآلة تحول دون تطاير الشرر . فاعتبر ذلك خطأ من جانبها . وانه من الواجب على المصلحة أن تعمل على ما فيه منع الضرر [٨] ويقرر القضاء بانه يجب فى حالة الشرر المتطاير من القاطرة أن يثبت المدعى حصول خطأ من جانب مصلحة السكة الحديدية [٩] وكأن القضاء بذلك يريد أن يجعل مخاطر العمل الحديدى على الافراد لا على المصلحة بالذات .

---

(١) risque de propriété (٢) د ، ٩٧ ، ١ ، ٤٣٣ . ـ س ٩٧ ، ١ ، ١٧ . ـ د ، ٩٠٩ ، ٢ ، ٢٤٥ (٣) présomption (٤) د ، ٩٠٥ ، ١ ، ٥٥٢ . ـ س ، ٩٠٩ ، ١ ، ١٤٣
(٥) ٦ يونيو سنة ٩٤ ، ٦ ، ٣١٦ (٦) ٢٨ مايو سنة ٩١ ، ٨ ، ٣٢٢ (٧) ١٧ ديسمبر ٩٠٢ ، ١٥ ، ٥٩ (٨) ٢٧ مايو سنة ٩٠٣ ، ١٥ ، ٣٣١ (٩) استئناف ١٩ يناير سنة ٩٠٨ م ر ١ ، ١٠ ص ١٠ . ومن غريب ماورد باسباب الحكم ما يأتى : « وحيث انه يستحيل على مصلحة السكة الحديدية مهما أخذت من الاحتياطات ان تمنع كلية تطاير شرار من مداخن وابوراتها ، فلا اهمال اذن ينسب اليها ولا خطأ » اه

وهذا يخالف قاعدة مخاطر الشيء[١] التي قررها جوسران وسالي من ان من يغنم يغرم. وقضى القضاء بان لا يلزم السيد بتعويض الضرر الذي يلحق خادمه اثناء تأدية وظيفته اذا نشأ ذلك عن اهمال جسيم وقع من الخادم المذكور[٢]

٨٥٨ — واذا كان القضاء الفرنسي في بعض أحكامه لم يشأ الاخذ بنظرية المسئولية الشيئية الا أنه مع ذلك قد تأثر بها تأثراً ظهرت اماراته ببعض أحكامه فبعد أن كان يحتم على المجني عليه اثبات التقصير من جانب المطالب بالتعويض إذ أباح اليوم عكس ذلك واعتبر الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ تفيد بنفسها افتراض حصول التقصير[٣] أي أنه أعفى طالب التعويض من واجب اثبات التقصير وحمل المطالب بالتعويض باقامة الاثبات من جانبه هو. ولكن عَلَامَ يقيم المدعى عليه هذا الاثبات ؟ هل يقيم الدليل على أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة حتى يحول دون حصول الضرر أخذاً من طريق القياس بالفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ الخاصة بالآباء والامهات ؟ أم أنه يجب عليه اقامة الدليل على حصول الضرر بسبب حادث جبري أو حالة قهرية فقط ؟ الذي قضى به القضاء الفرنسي في هذا الشأن هو تحميل المدعى عليه بهذا التكليف الشديد الثاني . أي لا يكفي في نظره اقامة الدليل على أخذ الاحتياطات بل يجب اثبات حدوث الضرر بسبب جبري أو قهري ، أو بسبب المجني عليه نفسه[٤] إلا أن هذا القضاء حكم مع ذلك بانه في حالة استحالة معرفة سبب الحادث أي اذا لم يثبت حدوثه بسبب مالك الشيء وفعله أو أن المالك لم يكن في استطاعته التنبؤ بحدوثه أو لم يكن في مكنته الحيلولة دون وقوعه : في هذه الحالات حكم بعدم المسئولية[٥]

٨٥٩ — هذا وقد اعتبر القضاء الفرنسي ان الحوادث التي تحصل بسبب السيارات[٦] والدراجات[٧] لا تقع تحت سلطان المادة ١٣٨٤ بفقرتها الاولى بالعبارة

---

(١) risque (٢) استئناف ١٩ يناير سنة ٩١١ م و ١، ١٢ ص ٧٥ والحكم خاص بجندي يشتغل بتسيير المهمات فاعتبر الحكم وفاته أثناء العمل بالآلات البخارية كوفاته في ساحة الحرب أو كوفاة العامل بأجر اذا اخطأ خطأ جسيما (وكان العسكري يضع سيراً على الريس بدون توقيف الآلة البخارية) (٣) présomption de faute (٤) د، ٩١٣، ٢، ٨٠ـ س، ٩١٣، ٢، ١٦٤ (٥) د، ٩١٣، ١، ٤٢٧ وهي حالة وقوع حادث بسبب تقطع سلسلة (٦) automobiles (٧) bicyclettes

الثانية بل تقع تحت نطاق المادة ١٣٨٢ المقررة للمسئولية من الوجهة العامة اى لا بد فيها من اثبات التقصير من جانب الشخص الطالب بالتعويض[1] وهو ما يقول به أيضاً أنصار نظرية المسئولية الشيئية اذا كان الشيء يحدث للغير اضراراً بسبب الاستعمال العادى[2]

٢ — المسئولية فى الحريق

٨٦٠ — الحريق جريمة يعاقب عليها القانون اذا توافرت فيها الشروط القانونية فى قانون العقوبات . ويعاقب الفاعل حتى ولو أحدث الحريق بملكه (المادة ٢١٧/١٩٨ عقوبات)

ويحصل الحريق عادة فى المساكن منازل كانت او عمارات . وقد شاع حدوث الحريق مع رقى المدنية وتشعب المصالح الفردية فى الجهات وكثرة العمران . ولذا شاع معها ظهور شركات التأمين حتى اصبح كل من المالك والمستأجر يعقد عقد تأمين بينه وبين شركة التأمين . الاول تأميناً لملكه . والثانى تأميناً لما يحدث من اهمال من هم تحت كنفه ممن يساكنونه من ذوى القربى أو الخدم . فاذا وقع حريق تماسكت شركتا التأمين المؤمنة للمؤجر والمؤمنة للمستأجر وتقاضيا أمام القضاء وهما من الرغبة في التقاضى[3] والعناد فيه بما لا يخفى وعلى الاخص اذا لوحظ ما عليه كل منهما من الثراء وغزارة المال[4]

ولقد جرت عادة المؤلفين أن يشرحوا نظرية الحريق وما يترتب عليها من المسئولية في باب الايجار باعتبار أن ذلك لاصق بعقد الايجار في أن المستأجر ملزم برد العين للمالك . فاذا لم يردها أصبح مسئولا

ولكن لمسئولية المستأجر علاقة كبرى بنظرية المسئولية من الوجهة العامة باعتباره حائزاً للعقار وباعتباره داخلا فى منطقة المادة ١٣٨٤ فرنسى التى تقول بمسئولية الشخص بسبب الاشياء الموجودة تحت رعايته . وقد تعدلت هذه المادة أخيراً بقانون صدر سنة ١٩٢٢ بفرنسا.

---

(١) د، ١٩١١، ٢، ٧-٣٠٧ـد، ١٩١٣، ٢، ٢٥٥ على ان محكمة النقض الفرنسى قد عدلت أخيراً عن الاخذ بالمادة ١٣٨٢ وقررت الاخذ بالمادة ١٣٨٤ فى حالة السيارات فى حكم لها صدر فى شهر نوفمبر سنة ٩٢٤ ونشرته احدى الجرائد اليومية الباريسية (٢) انظر مقالا للاستاذ Esmein بمجلة س، ١٩١٠، ١، ١٧٥ (٣) processif (٤) كابتان ج٢ ص ٥٤٥

ولما كان الشارع الفرنسى من جهة قد وضع نصوصاً خاصة بشأن مسئولية المستأجر بسبب الحريق الحاصل فى العين المؤجرة له وأشار الى هـذه النصوص أخيراً بقانونه الصادر سنة ١٩٢٢ ، وكان الشارع المصرى من جهة أخرى لم يضع مثل هذه النصوص بل ترك النظرية على ما يظهر محكومة بالقواعد العامة ، رأينا ازاء ذلك وازاء الافصاح من جانب والسكوت من جانب آخر ، ضرورة الالمام بالنظرية بفرنسا أولا . ثم نعقبها بما نراه بشأن قانوننا المصرى .

١ — المسئوليه فى الحريق

بالقانون الفرنسى

٨٦١ — تقرر المادة ١٧٣٢ بان المستأجر مسئول عن تلف وضياع الشىء المؤجر له وقت الانتفاع الا اذا اثبت حصولها بغير خطئه هو . وقررت المادة ١٧٣٣ بانه مسئول عن الحريق الا اذا أثبت وقوعه بحادث جبري أو قهرى أو بسبب عيب البناء أو ان الحريق جاءت من منزل الجار . ثم قررت المادة ١٧٣٤ المعدلة سنة ١٨٨٣ بانه اذا وقع الحريق وكان بالمنزل جملة سكان أصبحوا جميعاً مسئولين بنسبة ما استأجره كل منهما على حدة ، الا اذا اثبتوا حصول الحريق من واحد منهم دون الباقين فيصبح هـذا الواحد مسئولا دونهم ، أو اثبتوا باستحالة حصول الحريق من واحد منهم أو اكثر فيصبح الآخرون مسئولين .

٨٦٢ — ونعلم ان المادة ١٣٨٤ قررت « لا يلزم الانسان بتعويض الضرر الناشىء عن فعله هو فقط بل الناشىء أيضاً عن فعل الاشخاص الموضوعين تحت رقابته أو الاشياء الموجودة تحت رعايته — ويعتبر الاب . . . . . . » وأضيف على هذه الفقرة بمقتضى قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ما يأتى : « ومع ذلك قد يسأل الحائز للعقار سواء أكانت حيازته له كله أم لبعضه وكذلك الحائز للمنقولات مهما كانت الصفة القانونية لهذه الحيازة العقارية أو المنقولة عن الحريق الذى شب بهذه الاشياء ومايترتب عنها للاضرار بالغير الا اذا ثبت حصول الحريق لسبب يرجع لخطأ الحائز أو خطأ الاشخاص المسئول هو عنهم . ولا يسرى هذا النص على المؤجرين والمستأجرين فى

علاقاتهم مع بعضهم البعض اذ تظل هـذه العلاقات خاضعة لاحكام المادتين ١٧٣٣ و١٧٣٤ من القانون المدنى »

٨٦٣ — فاذا فرض ولم يوجد النصان ١٧٣٣ و ١٧٣٤ اللذان قررا مسئولية المستأجر وتحميله باثبات الحوادث الجبرية والقهرية واريد الرجوع للقواعد العامة فماذا تكون الحالة ؟ الاصل أن المستأجر يصبح ملتزماً بالتزامين . أولا هو ملتزم برد الشيء المؤجر له فاذا لم يرده رد قيمته ، الا اذا اثبت حصول الحريق بقوة قاهرة أو حادث جبرى (المادة ١٣٠٢ مدنى وهى واردة في باب الالتزامات وحكمها عام) ومسئوليته فى هذه الحالة مسئولية تعاقدية [١] والتزامه التزام تعاقدى . ومتى كان كذلك لزمه الاثبات حتما . هذا أولا . وأما ثانياً فان للمالك حق رفع الدعوى التقصيرية أوالدعوى غير التعاقدية [٢] التى ترجع للمادة ١٣٨٢ وحكم الخطأ فيها [٣] اذا استطاع ان يثبت هو أى المؤجر نسبة الخطأ الى المستأجر . وفى هذه الحالة تستطيع المطالبة بالتعويض كله حتى ولو تناول غير الجزء المؤجر لهذا المستأجر

أما المادة ١٧٣٣ فهى لم تخرج عن تقريرها لهاتين النتيجتين المقررتين بالمادتين ١٣٠٢ و ١٣٨٢ السابقتين وذلك فيما اذا كان التلف أو الضياع راجعاً الى أسباب أخرى غير سبب الحريق

وأما اذا كان سبب التلف أو الضياع هو الحريق فان الشارع رأى ضرورة التشدد فى هذه الحالة لضرورة الحريق اذ قرر افتراض الخطأ [٤] من جانب المستأجر ذلك الافتراض أى القرينة التى ترجع فى أصلها الى الرومان . وبعد أن كانت تقرر المادة ١٧٣٤ القديمة التضامن بطريقة عامة بين المستأجرين فى حالة الحريق الذى يشب بالعقار استئجارهم جاءت وتعدلت سنة ١٨٨٣ بما يحدد من التضامن مع تقرير التضامن أيضاً

٨٦٤ — وانا اذا قارنا بين المادة ١٣٠٢ والمادة ١٧٣٣ رأينا الحكم فيهما واحداً . اذ تقرر أولاها المسئولية التعاقدية وتقرر ثانيتهما نفس هذه المسئولية . ولكن يبين مع ذلك ، الفرق بينهما من حيث قرينة الخطأ الواردة بالثانية ، فيما يأتى :

---

(١) responsabilité contractuelle (٢) action délictuelle (٣) faute
(٤) présomption de faute

١) لو أخذ بنظرية المسئولية التعاقدية المقررة بالمادة ١٣٠٢ لكان يكفى المستأجر أن يقيم الدليل على أى حادث مهما كان نوعه بحيث يستفاد من هذا الحادث استحالة حصول الحريق بسببه . وأما اذا أخذ بقرينة الخطأ في المادة ١٧٣٣ فان هذه القرينة محدودة الاحوال وهى الحادث القهرى والحادث الجبرى وعيب فى البناء . وهذه الاحوال واردة على سبيل الحصر [1] وحجة القضاء الفرنسى ان هذه القرينة قرينة قانونية [2] ولا يجوز التوسع فى تفسيرها والخروج بها عما تكونت فيه . وعلى ذلك لا عبرة بما اذا أقام المستأجر الدليل على انه لم يكن مقيما بالبيت وقت حصول الحريق، أو أقام الدليل على أن البيت كان مخفوراً بمعرفة شخص مندوب من قبل المالك نفسه، أو انه كان يعلم بعيب فى البناء ولم يخبر المالك به

٢) لو رجع للمادة ١٣٠٢ ونظرية المسئولية التعاقدية المترتبة عليها لكان يجوز للمستأجر أن يدلى باى دليل من أدلة الاثبات المقررة فى الاثبات من الوجهة العامة ، فيجوز له الاثبات بالقرائن أى يجوز له اثبات قيامه بما يلزم من ضرورات المحافظة على الشىء المؤجر له . ولكن القضاء الفرنسى اختلف فى قضائه الاستئنافى مع قضاء النقض على تفسير المادة ١٧٣٤ من حيث الاثبات . اذ يقرر قضاء الاستئناف للمستأجر جواز اثبات براءة ذمته بأى الوسائل القانونية المقررة فى الاثبات . الأمر الذى ينتج عنه فى الحقيقة ان المالك يصبح فى النهاية هو المكلف بالاثبات اذا ظل سبب الحريق مجهولا [3] أما النقض الفرنسى فهو يقضى بعكس ذلك اذ يحتم فى رفع المسئولية عن عاتق المستأجر ان يلزم هذا الاخير بان يدلى بدليل مباشر قاطع [4] أى دليل تؤيده الاحوال الواردة بالمادة ١٧٣٣ [5]

٣) اذا أخذ بالمادة ١٣٠٢ وتعذر على المستأجر رد العقار فلا يلزم الا بثمن العقار لا أزيد ولا أقل . ولكن القضاء يقضى فى حالة الاخذ بالمادة ١٧٣٣ بأنه يجوز الحكم على المستأجر بتعويض نظير فسخ الايجار وحرمان المالك من غلة العقار فى مدة اعادة

(١) د، ١٩٠٨، ١، ٢٣٣ ـ س، ١٩٠٦، ١، ١٩٣ ـ كابتان ص ٥٤٦ (٢) présomption légale
(٣) د، ١٩٠١، ٢، ٢٣٣ (٤) preuve directe et positive (٥) د ، ١٩١٢ ، ١ ، ٢٢٥ ـ س ، ١٩١٢ ، ١ ، ٥٤٩

البناء وتأجيره من جديد . أما هـذه التعويضات فهى واردة أيضاً بالمادة ١٧٦٠ فى حالة الفسخ الحاصل بخطأ المستأجر (ويقابل هذه المادة ١٧٦٠ فرنسى المادة ٣٨٨/٤٧٣ مدنى مصرى) واذا أريد الاخذ بالمادة ١٧٦٠ فى حالة الحريق اعتبر الخطأ مفروضاً من جانب المستأجر [1]

٤) مادامت المادة ١٧٣٣ تخالف القواعد العامة وجب عدم التوسع فى تفسيرها بمعنى انه لا يجوز الاخذ بها الا فى علاقة المؤجر مع المستأجر بما فى ذلك استئجار المنقولات [2] ومع ذلك فلا ينطبق هذا النص على المنتفع [3] . فاذا وقع حريق وجب الأخذ هنا بالمادة ١٣٠٢ لا بالمادة ١٧٣٣

٨٦٥ — وأخيراً جاء الشارع وعدل المادة ١٣٨٤ كما رأينا وقرر نفس ما لاحظه أسمن [4] فى مقاله السابق بحيث لا يجوز الاخذ بالمـادة ١٧٣٣ فى غير حالة المستأجر مع المؤجر

٨٦٦ — هـذا وقد نقد الشارحون الفرنسيون قسوة المادة ١٧٣٣ فى تقرير مسئولية المستأجر فى الحريق بهذه القيود الشديدة الواردة بها . وان صح تبرير هذه الشدة فذلك انما يرجع للقرن التاسع عشر حيث لم تدع بعد شركات التأمين ولم تنتشر انتشارها فى الوقت الحاضر . أما الآن وقد شاع التأمين ضـد الحريق وهبط كل مكان وأصبح ضمن عادات الناس الذين تشربوا بها بحكم الزمن فلا محل حينئذ لبقاء هذه القسوة المسكنونة بالمادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ . وفى الواقع ماهى هذه الفائدة من تلك القسوة فى مصلحة المؤجر ضد المستأجر مع ان الذي سينتفع فى الحقيقة انما هو شركة التأمين. ويري الشارحون انه من العدل أن يفترض بأن المالك اذا أمن على ملكه فانما يعمل لمصلحة المستأجر أى انه يعمل لأجل المستأجر ولفائدة المستأجر وعلى الاخص اذا لاحظنا أن المؤجر هذا عند ما يؤمن على ملكه فانه يزيد من قيمة الايجار بحيث يراعى انه لا يدفع من ماله شيئاً. أى انه يحمل عقاره بالايجار وثمن التأمين ، والمستأجر هو الذى يقوم فى النهاية بهذا الحمل ايجاراً وتأميناً . واذا خيف من ذلك أن لا يقوم المستأجر بالعناية

(١) د ٨٠ ، ١ ، ٣٨٥ . ـ س ٨١ ، ١ ، ٣١٩ . ـ كابتان ص ٥٤٧ (٢) س ٨٤٠ ، ١ ، ٣٣ ومقال Esmein (٣) usufruitier (٤) Esmein

اللازمة للعقار فانه يمكن وقتئذ أن يقرر للمالك أو لشركة التأمين حق الرجوع على المستأجر المخطىء واثبات خطئه . وهذا ماقضى به القانون الالمانى الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٨ بشأن عقد التأمين اذ لم يبح حق الرجوع على المستأجر الا فى حالة الخطأ الجسيم [1]

ب — المسئولية فى الحريق

والقانون المصرى

٨٦٧ — أما والقانون المصرى خلو من نصين يحكيان النصين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ الفرنسيين فقد وجب حينئذ الرجوع الى الاحكام العامة المستفادة من أصول الالتزامات من جهة ومن قواعد الاجارة من جهة أخرى . وظننا أنه بعد البيان القانونى المتقدم عن النظرية الفرنسية لا نرى احراجا فى الحال بمثل ما صادفه القضاء المصرى مما لا محل له مطلقاً كما سترى

الاحكام العامة : في حالة الوفاء من المدين يجب الأخذ حتما بنظرية المسئولية التعاقدية . أي أن المدين ملزم بالوفاء . واذا لم يف وجب عليه اثبات نفى الخطأ عنه . وان حكم المادة ١٣٠٢ حكم عام . ومع ذلك يجوز له إثبات استحالة الوفاء بأى دليل ما قرينة كانت أو غير قرينة . والمستأجر في هذه الحالة يجوز له إثبات حصول الحريق بسبب لا خطأ له فيه مهما كان ذلك السبب ومهما كان دليل الاثبات . فله الاثبات بالقرائن . وله الادلاء بغير الاحوال القهرية وعيب البناء . أى له إثبات نفى المسئولية عنه بانه كان غائباً أو انه قام بواجب الرعاية المطالب به . أو ان المنزل كان مخفوراً بمندوب من قبل المالك

هذا ويجوز للمالك أيضاً حق مطالبة المستأجر بدعوى المسئولية التقصيرية بالرجوع الى المادة ١٥١ / ٢١٢ و ٢١٣ مدنى المقابلة للمادة ١٣٨٢ . إنما اذا فعل ذلك فانه يجب عليه إقامة الدليل من جانبه هو على خطأ المستأجر

٨٦٨ — **أحكام الاجارة** : تقرر المادة ٣٧٨ / ٤٦٣ مدنى بأن المستأجر

(١) كابتان ص ٥٤٩

ملزم برد العقار دون تلف سواء كان هذا التلف بفعله هو [1] أو بفعل المسئول هو عنهم من خدمة ومستأجر من باطنه . أى أن الخطأ مفروض من جانبه حتى يقوم عكسه من قبله . وهذا هو نفس الحكم المقرر فى الاحكام العامة كما رأينا . بمعنى أن المواد المصرية والفرنسية متفقة فى الحكم من حيث الاصول العامة فى الالتزامات والاصول الخاصة بالاجارة. وعلى ذلك يلزم المستأجر برد العقار فى جميع الاحوال مهما كان نوع التلف . فاذا حصل حريق وحال دون رد العقار تحتم الأخذ بالمادة ٣٧٨/٤٦٣ مدنى ويلزم المستأجر بالتعويضات المفصلة بها . أما اذا ادعى بحصول الحريق لسبب لا يرجع لخطأ ، فيباح له ذلك بكل الادلة المقررة قانوناً من قرائن وغير قرائن . وله الادلاء بأي واقعة من الوقائع كاستحالة حصول الحريق منه ، الى آخر ذلك من الاحوال التى سردناها فى الحالة الثانية وعند عرضنا أيضاً للنظرية الفرنسية فى حالة افتراض عدم وجود النصين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ . أما الزام المستأجر بالاثبات فالأمر فيه يرجع أولا للمادة ٣٧٨/٤٦٣ مدنى كما قلنا وللمادة ٢١٤/ ٢٧٩ مدنى الخاصة بلزام المدعى باثبات مدعاه

٨٦٩ — اذا علمنا ذلك فما هى حقيقة الحاجة الماسة الى وضع نصين بالقانون المصرى مقابلين للنصين الفرنسيين ١٧٣٣ و١٧٣٤ ؟ لا حاجة لوضعهما مطلقاً لان الثانى يقرر منهما قرينة قانونية قابلة للدليل العكسى ولكن الدليل العكسى محصور فقط فى حالات ثلاث لا يتعداها وهى الحادث الجبري والحادث القهرى وعيب فى البناء . أما ولا يوجد مثيل لهذا النص بمصر فلا يجوز مطلقاً تقييد المستأجر فى حالة الاثبات.

ولا يجوز القول عندنا بالقرينة القانونية لانه لا يقول بهـا الا القانون وما دام القانون لم يقل بها فلا يصح الاخذ بها هنا . انما يصح الاخذ بالمسئولية التعاقدية وهى التى يفرض فيها الخطأ من جانب المستأجر حتى يدلي بعكسه . وفرق كبير بين قرينة الخطأ فى المسئولية التعاقدية وقرينة الخطأ فى مسئولية المستأجر بالمادة ١٧٣٣ فرنسى . لانه بينما أداة الاثبات وأحوال الاثبات لا حد لها فى المسئولية التعاقدية فهى محدودة كل التحديد فى مسئولية المادة ١٧٣٣

---

(١) fait

٨٧٠ — ومع ذلك نرى أن القانون المصرى قد أحسن فى عدم نقله للمادة ١٧٣٣ ولا المادة ١٧٣٤ التى قررت التضامن من طريق القرينة القانونيـة أيضاً . ونرى أن مركز المستأجر بمصر أحسن بكثير من مركز المستأجر بفرنسا. وقد لاحظنا أن القضاء والفقه الفرنسيين يعملان على التضييق من مجال الاخذ بالمادتين الفرنسيتين باعتبار أن كلا منهما وارد على سبيل الاستثناء وأنه لايجوز التوسع فيما ورد على خلاف القياس الاصلى

٨٧١ — أما المـادة ١٣٨٤ وما عراها أخيراً من التعديل بمقتضى قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ فانها قررت بفقرتها الاولى مسئولية الحائزين للاشياء . ولم تبح اقامة الدليل العكسى،على عكس ما قررته فى بقية فقراتها . وأصبح كل حائز بمقتضى الفقرة الاولى مسئولا عن الضرر الحاصل بسبب الحريق مهما كان سبب حيازته مالـكا كان أو منتفعاً أو مفترضاً . وأما المستأجر فهو محكوم بالمادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ . ولـكن لما كان فى أمر المسئولية هذه شدة فى حالة الحريق قد يراها الشارع مما لايتفق مع الحيازة (الحيازة من غير طريق الايجار) فقد رأى نفى المسئولية عنه مبدئياً ، أى قرر قرينة عدم المسئولية مع اباحة نفى النفى . وعدل هذه الفقرة الاولى بقانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ فيما يتعلق بالحريق فقط . وعلى ذلك يبقى لهـذه الفقرة الاولى أثرها القانونى ، وعلى الاخص فيما يتعلق بنظرية المسئولية الشيئية في الاحوال الاخرى اى في جميع الاحوال غير الحريق

٨٧٢ — اذا تقرر ذلك علمنا أن صمت المشرع المصرى فى مسئولية المستأجر عند حصول الحريق خير من التشريع ،وأحياناً قد يعتبر الصمت تشريعاً . ولعلنا لم يفتنا بعد نقد الشارحين الفرنسيين للمادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ وما لاحظناه من قسوة هاتين المادتين.وانا اذا أردنا التشريع فى هذا الشأن نخير للشارع المصرى أن يأخذ بما قرره القانون الالمانى الصادر فى ٣٠ مايو سنة ٩٠٨ فيما يتعلق بالتأمين ورفع المسئولية عن عاتق المستأجر فى حالة تأمين المالك على ملكه،وتقرير الرجوع على المستأجر فى حالة الخطأ الجسيم من جانبه [1]

(١) ولم ير القضاء المختلط الاخذ بعدم مسئولية المستأجر فى حالة تأمين المالك للملكه واعتبار

٨٧٣ — القضاء المصرى وصمت الشارع : يرى القضاء المصرى أن التشريع فى حالة رد الشىء المؤجر إلى المالك يخالف التشريع الفرنسى . ويقول بأنه بينما يستفاد من القانون الفرنسى بالمادة ١٧٣٢ أن المستأجر ملزم باثبات نفى المسئولية أى أنه مفروض فى المستأجر الخطأ من جانبه إلا إذا قام الدليل على حصول التلف بغير خطئه ، فان الشارع المصرى قرر بالمادة ٣٧٨ / ٤٦٣ مدنى بأن المستأجر ملزم بأن « يرد ما استأجره بالحالة التى هو عليها » « حين انتهاء الايجار » « بغير تلف حاصل من فعله أو من فعل مستخدميه أو من فعل من كان ساكناً معه أو من فعل المستأجر الثانى إلا ان وجد شرط يخالف ذلك » . ويرى القضاء أن عبارة « يرد ما استأجره بالحالة التى هو عليها » « حتى انتهاء الايجار » ما يشعر بأن المستأجر لا يحمَّل باثبات حصول الضرر بغير خطئه ، وأن المؤجر هو الملزم باثبات حصول الضرر بخطأ المستأجر [1] هـذا هو قضاء الاستئناف المختلط ، وبه ألغى الاحكام الابتدائية التى قضت بالعكس والتى أخذت باحكام الاصول العامة وباعتبار أن المادة ٣٧٨/٤٦٣ مدنى لا تختلف عن الاحكام العامة كما قررنا وانها لا تخالف القاعدة المقررة بالمادة ٢١٤ / ٢٧٩ مدنى و١٣١٥ فرنسى فى أن الاثبات على من ادعى [2] أما قضاء الاستئناف المختلط فيرى أن لا مسئولية على المستأجر الا اذا أثبتها المؤجر . هذا مايراه القضاء فى حالة رد الشىء المؤجر من الوجهة العامة .

وقياساً على ذلك قرر القضاء بأنه فى حالة الحريق لا يعتبر المستأجر مسئولا مسئولية تعاقدية منشؤها التعاقد أى عقد الايجار بل هى مسئولية تقصيرية أساسها الخطأ

المالك فى هذه الحالة كأنه يعمل للمستأجر منه ونائبا عنه . ويقول فى ذلك بان فى تقرير هذه الانابة ورفع المسئولية مخالفة للعدالة ، اذ كيف يترتب على عمل احتاط فيه المالك بالتأمين ان ينشأ عنه رفع المسئولية عن المستأجر ؟ استئناف م اول مارس سنة ٩١٦ م ت ق ، ٢٨ ، ١٨٠ . وهذا القضاء هو على نقيض ما قرره الشارحون الفرنسيون كما رأينا اذ قرروا ان فى رفع المسئولية عن عاتق المستأجر فى حالة التأمين العدالة كل العدالة لان الذى يدفع اقساط التأمين هو المستأجر فى الحقيقة باعتبار ان المؤجر يضيف هذه الاقساط على قيمة الايجار الاصلية (١) ٢٧ فبراير سنة ٧٩ م ر م . ٤ ، ١٥٩ . ـ ٢٩ يناير سنة ٨٠ م ر م ، ٥ . ١٢٥ . ـ ١٥ فبراير سنة ٨٣ م ر م ، ٨ ، ٧٤ وانظر الاحكام الاخرى التى سيأتى ذكرها فى الحريق .

(٢) جرانمولان فى العقود ص ٤٠ ، ن ٣٨٨

ومصدرها التقصير أى الجنحة أو شبه الجنحة من جانب المستأجر [١] وعلى ذلك فهى محكومة بالمادة ١٥١ / ٢١٢ — ٢١٣ مدنى و ١٣٨٢ أى يلزم بالاثبات من قال بالمسئولية وهو المؤجر . بمعني أن دعوى المالك في حالة الحريق واحدة سواء وجهها ضد المستأجر أو ضد الغير أى ان المسئولية تقصيرية وليست تعاقدية

وفي جميع الاحوال يلزم المالك باقامة الدليل على حصول الحريق من جانب خصمه مستأجراً كان أو غير مستأجر [٢] وقضى الاستئناف الاهلى بعكس ذلك فى حالة الايجار [٣] ولكنه عاد وجارى القضاء المختلط فى مذهبه [٤]

ويستند القضاء في بعض أحكامه في تقريره تحميل المؤجر عبء الاثبات دون المستأجر الى المادة ١٥٢ / ٢١٣ مدنى الخاصة بمسئولية المخدوم عن أعمال خدمته ، باعتبار ان طالب التعويض ملزم باقامة الدليل على حصول الضرر بالشروط المقررة لتلك المادة فى المسئولية ، والى الاختلاف فى وضع عبارات المادة ١٣٧٢ فرنسى عن المادة ٣٧٨ / ٤٦٣ مدنى ، ذلك الاختلاف الذى يرجع الى انه ورد بالمادة المصرية ان المستأجر يرد الشيء المؤجر بالحالة التى هو عليها . ثم يستند أخيراً الى أن الشارع المصرى لم ينقل المادة ١٧٣٣ مدنى التى قررت بان المستأجر مسئول عن الحريق الا اذا أثبت حادثا جبريا [٥]

٨٧٤ — الفقه المصرى : يقول « دي هلس » بانه ما دام أن الشارع لم يشرع للحريق فقد وجب الأخذ بالقواعد العامة. والاصل أن هلاك الشيء [٦] على المالك فى حالة الحوادث الجبرية . وان الخطأ لا يفترض وجوده بل لا بد من اثباته

(١) ٣١ مارس سنة ٩١٥ ، ٢٧ ، ٢٥١ . — وان كلمة fait الوارده بالمادة ٣٧٨ / ٤٦٣ إنما تفيد faute : دى هلس ج ٢ ص ٤٥٥ ن ١٥٥ . — واجاز القضاء الاخذ بالشرط فى عقد الايجار الذى يرجع لاحكام المادتين ١٧٣٢ و ١٧٣٤ . — اول مارس سنة ٩١٦ ، ٢٨ ، ١٨٠ . — أول مارس سنة ٩١٦ ، ٢٨ ، ١٨١ (٢) ٢٧ فبراير سنة ٧٩ م ر م ، ٤ ، ١٥٩ . — ٢٩ فبراير سنة ٨٠ م ر م ، ٥ ، ١٢٥ . — ٢٧ مايو سنة ٨٠ — بوريلى بك تعليقا على المادة ٤٦٣ مدنى مختلط ن ٤ . — ٩ مارس سنة ٩٣ م ت ق ، ٥ ، ١٥٧ . — اول يونيو سنة ٩٠٤ ، ١٦ ، ٢٨٩ (٣) استئناف ٢١ مارس سنة ٩٠١ م ر ا ، ٣ عدد ٢٣ (٤) استئناف ٩ نوفمبر سنة ٩١٤ ش ٢ ص ٨٨ عدد ٨٥ ومجموعة عياشى ص ٣٥٩ ن ١٦٣٤ (٥) ٢٢ فبراير سنة ٧٩ و ٢٩ يناير سنة ٨٠ السابق ذكرهما . (٦) risque

ممن يدعيه ضد من يدعى به عليه . وعلى ذلك لا يسأل المستأجر عن الحريق طالما لم يثبت المالك خطأ خصمه

ويضيف « دى هلس » على ذلك قوله [١] بانه لا يجوز الاخذ هنا بالقواعد العامة المقررة « فى حالة من حاز الشىء بطريق قانونى ووجب عليه رده اعتبر مخطئاً ومقصراً عند عدم الرد ، الا اذا أثبت الحادث الجبرى » ويقول بانه لا يجوز الاخذ فى حالة الايجار بالقواعد العامة فى الاثبات . ولا يؤخذ بها الا اذا كان المستأجر ملزماً برد الشىء بالحالة التى أخذه بها . وما دام القانون لا يلزمه برد الشىء الا بالحالة التى هو عليها وقت الرد فلا يلزم بما يتعدى ذلك

ثم قال بانه لا يجوز الاخذ بالمادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ لانهما يقرران قرائن وانهما يخالفان العدالة

وانتهى بأن قرر [٢] بان المالك يتحمل ضرر الحريق . أما اذا دعى بمسئولية المستأجر وجب عليه اثبات خطأ هذا الاخير . ثم استند فى ذلك الى قضاء الاستئناف المختلط

٨٧٥ — *فى نقد هذا القضاء والفقه:* رأينا أن المادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ فرنسى لم يخرجا عن أصل القاعدة فى تقرير المسئولية التعاقدية . وانما قد خرجا فقط فى تحديد أداة الاثبات وتعيين حالات الاثبات . ومعهما لا يجوز الادلاء بالقرائن البسيطة ولا اثبات أحوال خلاف الاحوال الثلاث الواردة بهما وهى الحادث الجبرى والحادث القهرى والعيب فى البناء . ورأينا أن مسئولية المستأجر مسئولية تعاقدية يرجع فيها الى الاحكام العامة المقررة بالمادة ١٣٠٢ والمادة ١٣١٥ . وقلنا بانه بجانب هذه المسئولية التعاقدية ومنشؤها عقد الايجار ، توجد المسئولية التقصيرية . بمعنى انه يجوز للمؤجر مخاصمة المستأجر بناء على المسئولية التعاقدية وسندها عقد الايجار ، ومخاصمته أيضاً بناء على المسئولية التقصيرية ومصدرها الخطأ . انما اذا اختار الثانية وجب عليه الاثبات أخذاً بالقواعد العامة المعروفة في المسئولية وفى الاثبات على العموم

(١) دى هلس ج ٢ ص ٤٥٦ ن ١١٩ (٢) ن ١٢٠

٨٧٦ — هذه هي القواعد العامة المستفادة من القانون سواء أكان فرنسياً أم مصريا . فاذا علمنا ذلك حرنا في أمر هذا القضاء المصري في حكمه بالمسئولية التقصيرية دون المسئولية التعاقدية ، وانكاره على المؤجر حقه في تمتعه بالمسئولية التعاقدية ومنشؤها عقد الايجار[1] وهل يعقل أن عقد الايجار ، الذي بمقتضاه أصبح المستأجر حائزاً للعقار ومنتفعاً به وأصبح المالك بعيداً عنه ، يقضي على المسئولية التعاقدية المستفادة منه ؟ ان الاصل الاخذ بالمسئولية التقصيرية عند عدم التعاقد . وتبقى هذه المسئولية بعد التعاقد أيضاً . وليس من شأن التعاقد أن يسيء مركز المؤجر بل من شأنه تحسينه . فبعد ان كانت المسئولية ، عند ما كانت تقصيرية ، لا تستند الى عقد ، أصبحت وقد استندت الى عقد، فهي تصبح بذلك تعاقدية . والا ما الفرق بين الاثنين ؟ أليس الفرق لأن في التعاقدية تعاقداً وفي التقصيرية لا تعاقد؟

أما القول من جانب القضاء والفقه بان صيغة المادة ١٧٣٢ الفرنسية تختلف عن صيغة المادة ٣٧٨ / ٤٦٣ المصرية فهو في غير محله وذلك للاسباب الآتية : —

١ — تقرر المادة ١٧٣٢ فرنسي ما يأتي : « وهو مسئول (أي المستأجر) عن التلف والضياع اللذين يحصلان وقت الانتفاع الا اذا ثبت حصولها بغير خطئه » وهي بهذا النص لم تخرج عن حكم المادة ١٣٠٢ فرنسي، أي ان المدين ملزم بالوفاء ، فاذا لم يف وجب عليه اقامة الدليل على أن عدم الوفاء خارج عن ارادته . والمستأجر مدين وهو ملزم بالوفاء وهو رد الشيء . فاذا لم يرد وجب الاثبات من جانبه بان عدم الرد آت لسبب قهري أو جبري . وما على المؤجر الا أن يثبت فقط عقد الايجار

٢ — ذكرت المادة ٣٧٨ / ٤٦٣ مدني ما يأتي : « يجب على المستأجر حين انتهاء الايجار أن يرد ما استأجره بالحالة التي هو عليها بغير تلف حاصل من فعله أو من فعل مستخدميه أو من فعل من كان ساكناً معه أو من فعل المستأجر الثاني الا اذا وجد شرط يخالف ذلك » وانا لا نرى في النهاية أن في حقيقة هذه المادة ما يخالف القواعد العامة المقررة بالمادة ١٧٣٢ التي ترجع هي الاخرى إلى المادة ١٣٠٢ و١٣١٥ فرنسي . ذلك لأن عبارة بالحالة التي هي عليها لا تنصرف الا الى انه اذا أصاب

(١) جرانمولان في العقود ص ١٤٢ ن ٣٩٧

الشيء نقص بسبب الاستغلال والانتفاع فلا يلزم المستأجر بتعويض ما . انما محل الالتزام فيما اذا كان الانتفاع تعسفياً بما يخالف طبيعة الشيء وما أعد له[1] وليس معنى ذلك أنه يرد الشيء بالحالة التي هو عليها ولا يسأل عن الضرر الناشئ للشيء لسبب الانتفاع التعسفي أو بأي سبب آخر يرجع للخطأ . وعلى ذلك يعتبر المستأجر مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الشيء سواءاً كان الضرر حاصلا بفعله أم بفعل خدمته وغيرهم . ولا يسأل عن الضرر الناشيء عن الاستعمال الطبيعي للشيء . انما يجوز الاتفاق على أن يسأل عن الضرر سواء أكان طبيعياً أم حاصلا بفعل الخدمة . ولا يمكن أن تنصرف عبارة « الا ان وجد شرط يخالف ذلك » الي جواز الاتفاق على عدم المسئولية في حالة الخطأ الجسيم أو تحديد الضرر ، لمخالفة ذلك للنظام العام

٣ — ويفهم مما مر ان غرض المادة ٣٧٨ منصرف الى أن المستأجر مسئول طبقاً للقواعد العامة في المسئولية . ولم يكن الغرض منها أن تقرر قاعدة تشذ بها في هذه الاحكام العامة المستفادة من المادة ١٧٣٢ و ١٣٠٢ و ١٣١٥ فرنسي ولا عن القواعد المقررة في الايجار

٤ — وأما ماقاله «دى هلس» من أن الخطأ لا يفترض وجوده وانه لا بد من المدعى به من اثباته فمحل ذلك في المسئولية التقصيرية . وأما في المسئولية التعاقدية فلا . ومع ذلك يجب أن تخضع المسئولية في حالة الايجار الى القواعد العامة المقررة في الاثبات، على عكس ما يقرره دى هلس . لان الشيء المؤجر يدخل حتما ضمن الاشياء التي يحوزها الحائز حيازة قانونية ويلزم بالمحافظة عليها وردها . وأما ما يقوله دى هلس بعكس ذلك فهو يتعارض مع ما قرره القانون بالذات في أن المستأجر ملزم بحكم العقد بالمحافظة على الشيء والعناية به عنايته بملكه (المادة ٣٧٦ / ٤٦١ مدني) ونرى ان دى هلس ينكر هو الاخر وجود المسئولية التعاقدية بجانب المسئولية التقصيرية كما أنكر ذلك القضاء المختلط . وهذا الانكار لامسوغ له كما بينا . لأن المسئولية التعاقدية لا تزول عن عقد الايجار لانها وليدته

(١) دى هلس ج ٢ ص ٤٥٥ ن ١١٧

٥ — ان ماتقرره نحن لا يتعارض مطلقاً مع القاعدة العامة القائلة بأن الهلاك على المالك [١] ومحل الاخذ بهذه القاعدة فيما اذا كان الهلاك بقوة قاهرة أو حادث جبرى. وأما ماوقع بسبب الخطأ على اختلاف أنواعه فهو يلزم من تسبب فيه

٦ — ان القانون الفرنسي الصادر فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ بتعديل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ قرر بأن هذا التعديل لا يتمشى على المؤجر والمستأجر بل يظل هذان الأخيران خاضعين لاحكام المادتين ١٧٣٣ و١٧٣٤ وهذا يؤكد بأن الشارع الفرنسى لم يرد أيضاً أن يمس أصل القاعدة العامة التى أقرتها هاتان المادتان وهى القاعدة المستفادة كما رأينا من الاحكام العامة فيما يتعلق بالوفاء بوجه عام . نعم ولو أن التعديل قد جعل الاثبات فى غير الايجار على عاتق الغير لا على عاتق الحائز، فان ذلك لا ينصرف فى نظرنا الا الى الاشخاص الذين لم يتعاقدوا مع الحائز ، أى الاجانب عنه ، وهؤلاء الاجانب فى مطالبتهم بالتعويض ، مأخوذون بأحكام المسئولية التقصيرية لا التعاقدية مادام انه لا يوجد تعاقد معهم والحائز . وأما من تعاقد مع الحائز كالراهن رهناً حيازيا عقاراً كان أو منقولا فانه عند ما يطالب بالتعويض فله الاخذ بالمسئولية التعاقدية ، وفى هذه الحالة لا يلزم بالاثبات ، أو بالمسئولية التقصيرية ، وفيها يلزم بالاثبات كما بينا ذلك فى مكانه

---

(١) res perit domino

مسئولية الأشخاص المعنوية

العامة والخاصة

٨٧٧ — للشخصية المعنوية أو الشخصية الادبية أو للكائن المعنوى[١] مركز خاص فى عالم القانون من حيث تكييف هذا المجموع من الاشخاص تكييفاً قانونياً والوقوف على المسوغ القانونى فى جعل هذا الكائن المعنوى يتمتع بالحقوق ويلزم بالواجبات التى تتعلق بالفرد . وقد أبلى الكاتبون فى هذا التكييف والمسوغ القانونيين وفى بيان آثارهما القانونية من الوجهة العملية بلاء طويلا واختلفوا فيما كتبوا اختلافا بيناً . وأنا لا نريد الدخول فى هذه التفاصيل لاتصالها بالقانون الادارى بوجه خاص، وبنظرية الشخصية من حيث هى بوجه عام ، ولكن الذى يجب أن نشير اليه هنا أنه كان للنظرية الشخصية المعنوية شأن يذكر فى الازمان السابقة عند الرومان وعند الفرنسيين قبل وبعد سنة ١٨٠٤[٢] ولما قطعت الجماعات العصرية أشواطاً بعيدة فى مسالك المدنية الحاضرة وتفوقت فى رقيها عن المدنيات السابقة واستعانت فى رواج المدنية بالجمعيات على اختلاف أنواعها شركاتٍ مدنيـة وتجارية وجمعيات أدبية واخلاقية ، لم يستطع الشارع فى الاوساط الاوربية الوقوف دون التشريع لها بما يتفق مع روح النهضة الاجتماعية الحاضرة . ومع وجود تشريع خاص بها هناك فان الشارحين لا زالوا مختلفين فى التعرف على التكييف القانونى لهـا : يقول البعض إن الشخص المعنوى لم يخرج عن كونه شخصاً تصوريا[٣] قال بذلك سافيني[٤] وغيره من الالمان. ويقول البعض الآخر بان الشخص المعنوى لا يوجد فى الواقع ، إنما الذى وجد حقيقة هو مجموعة أموال لاشخاص معينين فيصبح أفراد الجمعية مالكين لهذا المال المجموع[٥] وقال به اهرنج[٦] وقال آخرون بان الشخص المعنوى هذا هو كائن حقيقى موجود وقائم بذاته لا تصور ولا مجاز فيه[٧] قال بذلك عدد كبير من الالمان وغالوا فيما قالوا حتى قرروا أن لهذا الشخص الحقيقى إرادة خاصة به تمتاز عن إرادة أعضائه . وقد

---

(١) personnes morales او personnes juridiques (٢) كولين وكابتان ج ١ الطبعة الثانية سنة ١٩١٩ ص ٦٥٣ — ٦٦١ (٣) système de la fiction (٤) Savigny (٥) système des patrimoines collectifs (٦) Ihering (٧) système de la réalité

آخذهم فى ذلك « ميشو »[١] إذ لاحظ عليهم خلطهم بين التمتع بالحق[٢] وبين التصرف فيه[٣] والحقيقة أن هذه الكائنات الادبية إنما هى أشخاص قانونية[٤] تتمتع بنفس الحقوق التى يتمتع بها الفرد . لان الفرد ما دام حراً فى التمتع بحقوقه والتصرف فيها فهو أيضاً فى حل من كيفية تصريف هذه الحقوق . إذ بانشائه لهذه الكائنات القانونية إنما يعمل بمبدأ حرية التمتع والتصرف فى حقه. فاذا أولاها حقوقا فهو إنما يعمل وهو فى دائرة حريته بما يوسع مجال التصرف أمامه والانتفاع بحقوقه بالطرق المشروعة لديه . لذا يمكن اعتبار هذه الكائنات القانونية مظهراً من مظاهر حرية التمتع بالحقوق عند الفرد الواحد من طريق توسيع المجال أمامه والاكثار لديه من مناهج الحياة العملية فى استغلال الحقوق على طرق شتى[٥]

٨٧٨ — وعلى هذه الاعتبارات نرى أنه وإن لم يضع الشارع المصرى تشريعاً للاشخاص المعنوية الا أنها تعتبر موجودة من الوجهة الطبيعية والوجهة القانونية أيضاً وان الذى بعث فيها روح الوجود هو نفس الفرد بما لديه من مزية حرية التمتع بحقوقه استغلالا وتصرفا . ونحن لانرى محلا للقيد الذي قال به فتحى باشا زغلول من من أنه لا بد للاعتراف بالشخصية القانونية للشخص الادبى من ضرورة الحصول على إجازة له من السلطة الادارية[٦] ويؤيدنا فى هذا الرأى القضاء المصرى مختلطاً وأهلياً اذ يقرر أن الاشخاص المعنوية ليست فى حاجة الى تصريح ادارى بانشائها بل تعتبر متمتعة بالشخصية القانونية بمجرد وجودها . فاذا ظهر الشخص الادبى ظهوراً واضحاً ببرنامج معين وغرض مقبول ، تمتع وقتئذ بجميع المزايا التى يتمتع بها الفرد من حيث حق جواز التقاضى وغيره من الحقوق الاخرى[٧]

اذا علم ذلك فهل يعتبر الكائن القانونى هذا مسئولا عما يقع منه من الاضرار للغير أم لا ؟ وإذا كان يعتبر مسئولا فما هو التعليل القانونى لذلك؟

٨٧٩ — كأنا نلمح هنا أهمية نظرية المسئولية الشيئية . لانا لو أخذنا بنظرية

---

(١) Michoud (٢) jouissance des droits (٣) exercices des droits (٤) personnes juridiques (٥) كولين وكابتان ج ١ ص ٦٦٥ (٦) شرح القانون المدنى ص ٣٢٨ (٧) استئناف م ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٩ م ت ق ، ١١ ، ١٢٢ — استئناف أهلى ٣ مارس سنة ٩١٥ مجلة الشرائع المجلد ٢ ص ٢١٤ . — مرافعات الدكتور ابو هيف بك ن ٤٢٢ و٤٢٣ وفيما يتعلق بالنظريات العلمية المختلفة فى الاشخاص المعنويه راجع كتاب فى القانون الدولى الخاص بند ٣٦٤ وما بعده : — انظر مرافعات الدكتور عبد الفتاح بك السيد ص ٢٨٠ ن ٢٨٨

الخطأ أو التقصير [١] بالاعتبار الشخصي الخاص بها [٢] لما استطعنا ذلك من حيث التوفيق بين نية الاضرار (والنية كما رأينا ركن من أركان الخطأ) والنظرية القائلة بأن الشخص الادبي شخص تصوري موجود مجازاً لا حقيقة. ولكن ربما نجد بعض السهولة في التوفيق بين نظرية المسئولية التقصيرية والمذهب القائل بأن الشخص الادبي موجود حقيقي قائم في عالم الحقيقة [٣] ولكنا لا نقول بهذا ولا بذاك بل الذي نقول به هو أن الشخص القانوني يجب أن يعتبر مسئولا عن الاضرار التي تنشأ عن أعماله مادامت هذه الاعمال يقوم بها وكلاؤه الشرعيون الذين نصبهم عنه، وسواء أكان يرجع في تقرير المسئولية الى الفقرة الاولى من المادة ١٥٠ مدني أهلي، أم إلى الفقرة الثانية من المادة المذكورة [٤] فالمسئولية واقعة ولا محالة ويجب أن يدفع التعويض من مال الشخص الأدبي

والاشخاص المعنوية بمصر إما ان تكون قائمة باعمال حكومية وإما لا. فالاولى كالمجالس البلدية ومجالس المديريات. اذ لكل من هذه المجالس شخصية ذاتية خاصة به فله مال خاص وموظفون معينون، ولا يعتبر جزءاً من الحكومة، بل يعتبر قائماً فقط باعمال حكومية. فله أن يستفيد من الامتيازات المقررة للاعمال الحكومية لا للحكومة نفسها. [٥] وللحكومة في كل آن أن تقرر انشاء أشخاص معنوية حكومية بحقوق وواجبات معينة كما هو الشأن بالنسبة للفرد، وتعتبر هذه الاشخاص المعنوية الحكومية موجودة وقائمة قانوناً بالنسبة للاجانب أصحاب الامتيازات بمصر [٦] وكذلك صندوق الودائع والأمانات للمحاكم المختلطة يعتبر شخصاً معنوياً يدبره كاتب المحكمة [٧]

٨٨٠ — ومن الاشخاص القانونية القائمة باعمال خاصة أو غير حكومية ديوان الاوقاف الخصوصية [٨] وشركات التعاون [٩] والجمعيات المنتظمة على اختلاف أنواعها كالجامعة المصرية والجمعية الخيرية الاسلامية والجمعية الخيرية القبطية وهكذا من الجمعيات ذات الغرض المشروع وذات النظام الخاص

---

(١) faute (٢) subjectif (٣) ميشو ج ٢ ص ٢٣١ ن ٢٧٣

(٤) راجع في كل ذلك ميشو في نظرية الشخصية الادبية ج ٢ ص ٢١٣ — ٢٩٤

(٥) راجع في ذلك كتابنا في الالتزامات أو المداينات ج ١ ص ١١٧ — ١٢٢ . — وراجع المادة ١٣٢ من الدستور المصري الاخير اذ قررت بأن المديريات والمدن والقرى تعتبر اشخاصاً معنوية تمثلها مجالس المديريات والمجالس البلدية . (٦) استئناف م ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ت ق ، ٢١٣،٢٤ (٧) استئناف م ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م ت ق ١٥٩،٢٦ (٨) استئناف أهلي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩١٦ مجلة الشرائع مجلد ٤ ص ٣٢ (٩) المنصورة الجزئية ١٠ فبراير سنة ٩١٦ الشرائع ٣ ، ٣٨٤

٨٨١ - في مسئولية الحكومة : ان مسئولية الحكومة تتصل كل الاتصال بالقانون الادارى لانها جزء منه فلا نطيل القول فيها [١] وانما الذى نلاحظه فى المسوغ القانونى لها أن مسئوليتها إما أن تتعلق بالاعمال الادارية [٢] وأعمال السيادة العامة على اختلاف أنواعها [٣] كالاعمال الحكومية السياسية [٤] وإما أنها تتعلق بالاعمال الاخرى التى لا تتمثل فيها السلطة العامة تمثيلا ظاهراً . فالاعمال التى تتعلق بالسلطة العامة كنشر قانون أو اشهار حرب أو توقيع معاهدة صلح أو تقرير أعمال ايجابية أو سلبية متعلقة بالميزانية فانها لا تجعل هناك محلا لمسئولية السلطة العامة . وأما الاعمال الادارية فلا مسئولية على الحكومة فيها طالما انها مطابقة للقوانين واللوائح مهما كان الضرر المتسبب عنها [٥] أما اذا كان الضرر ناشئاً عن مخالفتها القوانين واللوائح فلا بد من التعويض دون المساس بالاعمال الادارية ودون العمل فى تأويلها، لما فى ذلك من الافتيات من جانب السلطة القضائية على السلطة الادارية [٦]

٨٨٢ — وأما الاعمال الاخرى التى تجريها الحكومة من فصل موظف أو مستخدم فى وقت غير لائق أو من التعامل مع الافراد فى البيع والشراء والتأجير أوما يجريه موظفها من الاعمال الضارة بالافراد ، وخلاف ذلك ، فالمفتى به فى هذه الاحوال أن الحكومة تخضع لاحوال القانون المدنى [٧]

٨٨٣ — وأما فى فرنسا فانه نظراً لعدم وجود نص بالقوانين الفرنسية يحكى نص المادة ١٥ / ١١ من لائحتى انشاء المحاكم المصرية فان القضاء الفرنسى قرر أولا

---

(١) انظر كتابنا فى مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة جزآن عربى وفرنسى (٢) actes administratifs (٣) actes de souveraineté أو actes d'autorité (٤) actes de gouvernement (٥) استئناف أهلى أول ديسمبر سنة ١٩١٠ م ر ا ، ١٢ ص ٤٨ يتعلق بارسال شخص الى مستشفى المجاذيب (٦) المادة ١٥ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية الموضوعة فى ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ والمقابلة للمادة ١١ من لائحة انشاء المحاكم المختلطة وهى المادة المعدلة بقانون ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ . ـ استئناف أهلى ١١ يناير سنة ٩١٠ م ر ا ، ١١ ص ١٧٣ : ـ استئناف ٣٠ يناير سنة ١٩١٩ م ز ا ، ٢٠ ص ٩٣ رقم ٧٥ (٧) محكمة اسكندرية بهيئة استئنافية فى ٢٢ يناير سنة ٩١٩ نشر فى جريدة الاهرام فى ٢٨ أغسطس سنة ٩١٩

عدم مسئولية السلطة العامة عن أي عمل تجريه ويدخل ضمن سلطتها العامة . ولكن أخذ قضاء مجلس الحكومة[١] يتغير هو الآخر وقضى بالمسئولية فى مواطن عدة ولم يعتمد فى قضائه بالمسئولية على النصوص القانونية المدنية العامة [٢] بل رجع فى ذلك للعدالة [٣]

تم الكتاب

(١) Conseil d'Etat (٢) بلانيول ج ٢ ص ٢٨٩ ن ٨١٨ (٣) راجع مقالا هاما نشره ابلتون Appleton بمجلة د ، ١٩٢٠ ، ٣ ، ١

جدول الخطأ والصواب

صفحة	نبذة	خطأ	صواب
١٨	١	(سطر ١٣) القانون الاجتماعي	تقرأ : القانون المحلي
٦٢	٥٩	(سطر ٣) بارادة المتعاقدين	« بارادة الانسان
٦٥	٦٧	(« ١٦) العقد التبادلي	« العمل التبادلي
١٤٠	١٥٣	(« ٣) قد تعين جنسه	« قد تعين نوعه
٢٥١	٢٦٨	(« ١٤)الاخذ بهذه النظرية الرباعية	« الاخذ بتقسيم العقود الى ثلاث طوائف
٥٤٥	٥٦٧	(« ٨) اديان المخبر	« اخبار المدين

فهرست الكتاب

فهرست النظرية العامة للالتزامات

١

صفحة

صفحة

تمهيـــــــــد عام

العقود

في تكوين العقود

صفحة

فى الآثار العامة للعقود

صفحة

صفحة

في الالتزامات الناشئة

عن العقود

في الالتزامات البسيطة

في الاحكام العامة للالتزامات البسيطة

صفحة

في انقضاء الالتزامات

صفحة

صفحة

فى انتقال الالتزامات

الالتزامات المركبة

في المصادر اللاتعاقدية

للالتزامات

(١)

في النظرية العامة للاثراء بلا سبب

صفحة

في المصادر اللاتعاقدية

للالتزامات

(٢)

في نظرية الجنح واشباه الجنح

أو

نظرية المسئولية

مسئولية الاشخاص الفردية

صفحة

U

V W Z

FIN.

T

S

P

M

J

L

I

G

H

F

E

D

B

C

Table des termes et expressions étrangères.

A

N. B. — Les chiffres se rapportent aux pages.


Bibliotheca Alexandrina
0415013